التوضيح

لمن رام المجموع بنظر صحيح

الجزء الخامس

جميع الحقوق محفوظة
للناشر

الطبعة الأولى
١٤٣٤هـ ـ ٢٠١٣م

رقم الإيداع : ٢١١٩٢ /٢٠١٣
الترقيم الدولى : 978-977

الناشر
مركز ابن القطان للتراث
ت ٢٤٠٥٢٦٠٠

من نوادر التراث الإسلامي

التوضيح

لمن رام المجموع بنظر صحيح

للعلامة الشيخ

عبد الحافظ بن علي الصعيدي المالكي الأزهري

المتوفى سنة ١٣٠٣هـ

تحقيق وتعليق ودراسة

الشيخ درويش فرج العطار

من علماء الأزهر الشريف

الجزء الخامس

الناشر

مركز ابن العطار للتراث

ت / ٢٤٠٥٢٦٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

[باب في النكاح وما يتعلق به]

• ص:

باب.

• ش:

في النكاح وما يتعلق به من الأركان والشروط والموانع وغير ذلك، وهو باب مهم ينبغي مزيد الاعتناء به لكثرة وقوع مسائله وتشعب فروعه وفيه فوائد أربع:

الأولى: دفع غوائل الشهوة.

والثانية: التنبيه باللذة الفانية على اللذة الدائمة؛ لأنه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه له إذا عمل الخير ما هو أعظم سارع في الخيرات لما هو من جنس تلك اللذة ولما هو أعظم وأتم وأبقى وهو اللذة بالنظر إلى وجهه الكريم.

والثالثة: المسارعة إلى تنقيد إرادة الله تعالى ببقاء الخلق إلى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلا بنكاح وإرادة رسوله لقوله ﷺ: (تناكحوا تناسلوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة)(١).

والرابعة: بقاء الذكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح.

والنكاح لغة: دخول الشيء في الشيء يقال نكحت الحصات إخفاف الإبل ونكح النوم العين.

وشرعا: حقيقة في العقد مجاز في الوطء. وقيل: بالعكس.

وفائدة الخلاء تظهر فيمن زنى بامرأة هل تحرم على ابنه وأبيه على أنه حقيقة في الوطء أو لا تحرم على أنه مجاز في الوطء حقيقة في العقد.

وعرفه بعضهم: بأنه عقد لحل تمتع بأنثى خالية من مانع شرعي بصيغة وقوله:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٣٢٣٥)، بلفظ: «تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة».

(لحل تمتع) علة باعثة على العقد أخرج به سائر العقود ما عدا المحدود حتى شراء الأمة ولو للوطئ فليس الأصل فيه حل المتع بل ملك الرقبة والانتفاع العام.

و(بصيغة) متعلق بـ(عقد) أي: عقد على عقد على انثى بصيغة لأجل حلية التمتع والتلذذ والانتفاع بها وطأ ومباشرة تقبلا وغير ذلك حالة كون الأنثى خلية من مانع شرعي بأن تكون غير محرم بنسب أو رضاع أو صهر وغير مجوسية ولو حرة وغير أمة كتابية مملوكة لهم أم لا وغير ذات زوج وغير ملاعنة ومتبوتة ومعتدة من غيره ومحرمة بحج أو عمرة.

واعلم أن النكاح تعتريه الأحكام الخمسة والأصل فيه الندب لما فيه من التناسل وبقاء النوع الإنساني وكف النفس عن الزنى ولذا بدأ به فقال:

● **ص:**

ندب لراغب قادر نكاح ولو ضيع غير واجب فإن خشي الزنى وجب ولو ضيع واجبا.

● **ش:**

يعني: أن مريد النكاح إما أن يكون راغبا فيه أو لا فإن كان راغبا فيه قادرا على الصداق والنفقة لم يخش على نفسه الزنى يندب له النكاح إن لم يضيع شيئا من الطاعات بل ولو ضيع غير واجب منها إن لم يؤد إلى الانفاق عليها من حرام وإلا حرم فإن خشي على نفسه الزنى وجب عليه النكاح ولو ضيع واجبا كبر الوالدين والصلاة في الوقت الاختياري أو أدى إلى الانفاق عليها من حرام لخطر الزنى ما لم يكن الواجب أهم من العفة عن الزنى كحفظ النفس.

وقال البناني: المعاصي لا يدفع بعضها ببعض وهو مكلف بترك الجميع فخشية الزنى لا توجب النكاح عند تضيع الواجب.

ويجاب بأنه يرتكب أخف الضررين عند الإلجاء ألا ترى أن المضطر يقاتل على طعام الغير فإن خشي الزنى في امرأة بعينها فلا تجبر على زواجه على الظاهر للحديث الوارد في الذي يشتغل خاطره بأجنبية قال فيه: (فليأت حليلته فإنما معها مثل ما معها)[١].

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٥٨).

تنبيه:

ورد في الحديث: (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء)[1].

فتوقف فيه بعض الناس بأن الصوم قد يحدث الحرارة ويثير الشهوة ويجاب بأن ذلك في أول مرة فقط ثم بعد ذلك تنكسر الشهوة والأظهر أن الحديث محمول على ما كان عليه السلف من أكل السنة عند الإفطار واليوم تشتد نهيمة العوام على أكل عند الأفطار فيعدون ما أصلحوا أفاده «حش».

وقوله: (لراغب) منه راجي النسل؛ لأن الرجاء تعلق القلب بمرغب والرغبة في النكاح إما باعتبار ذاته وإما باعتبار ما يترتب عليه من التناسل والقيام بشأنه في حاله ومنزله. وأما إن لم يكن راغبا في النكاح فأشار له بقوله:

● **ص:**

فإن لم يرغب فإن ضيع غير واجب كره وإلا أبيح.

● **ش:**

يعني: أنه إذا لم يرغب في النكاح فإن ضيع غير واجب كره له النكاح وإن لم يضيع واجبا أبيح له.

وبعبارة: الشخص إما أن يكون له رغبة في النكاح أو لا فالراغب إن خشي عليه نفسه الزنى وجب عليه وإن أدى إلى الانفاق عليها من حرام وإن لم يخش ذلك ندب له إلا أن يؤدي إلى حرام فيحرم وغير الراغب إذا داه إلى قطع مندوب كره وإلا أبيح إلا أن يرجو نسلا أو ينوي خيرا من نفقة على فقيرة أو صون لها فيندب ما لم يؤده إلى محرم وإلا حرم.

وقد نظم الجداوي هذه الأحكام فقال:

وواجب على الذي يخشى الزنى	تزوج بكل حال أمكنا
وزيد في البنا فقد المال	وليس منفق سوا الرجال
وفي ضياع واجب والنفقة	من الحنبث حرمة متفقة

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٥)، ومسلم (١٤٠٠).

لراغب أو راج نسل يندب ... ولو به يضيع ما لا يجب
وكره به يضيع النفل ... وليس فيه رغبة أو نسل
وإن انتفى ما يقتضي حكما مضى ... جاز النكاح في السوى على المرتضى

تنبيهات:

الأول: إن قدر على الشراء والنكاح خير فيهما وإن قدر معهما على الصوم خير في الثلاثة والزواج أولى.

الثاني: إذا خشي على نفسه الزنى يتزوج ولو عدم النفقة ويجب إعلامها بذلك.

الثالث: المرأة مساوية للرجل في جميع الأحكام إلا في التسري.

• ص:

وندب ـ بكسر ـ وأن ينظر أوكيله وجهها وكفيها بعلمها وأن تنظر منه ذلك وكره استغفالها.

• ش:

تقدم أن النكاح مندوب في ذاته وذكر هنا أنه يندب أن يتزوج بكر لأنه أقرب لدوام العشرة؛ لأنها لم تجرب الرجال وأيضا فهي درة لم تثقب ومهرة لم تركب.

وفي الخبر: (عليكم بالأبكار فإنهن أعزب أفواها وانتق أرحاما وأرضى باليسير من النفقة والوطء.

ويندب أيضا أن ينظر الزوج أو وكيله من رجل أو امرأة وجه المرأة وكفيها قبل العقد مع علمها بذلك ويكره استغفالها لئلا يتطرق أهل الفساد لنظر محارم الناس ويقولون: نحن خطاب.

ويندب لها أيضا أن تنظر منه الوجه والكفين وإنما اقتصر في الرؤية عليهما؛ لأنه يبتدل بالوجه على الجمال وبالكفين على خصب البدن فلا حاجة لما وراء ذلك فلا يجوز النظر إليه؛ لأنه عورة إلا أن يكون قد وكل امرأة فيجوز لها نظر الزائد على الوجه والكفين من حيث أنها امرأة لا مندوب من حيث أنها وكيلة إذ الموكل لا يجوز له نظر الزائد عليهما قاله «دك».

وقال «حش»: الأسلم توكيل النساء كما هو الآن ولهن نظر ما يحل لهن.

ولهن التزين للخطبة وليس من الغش.

والمراد بالكفين ظاهرهما وباطنهما والأصابع للمعصم ولا يجوز فتح الفم ونظر الأسنان ولثم الأبطل. واستظهر بعضهم جوازه للنساء الخاطبات.

والحاصل: أن نظر شروط الوجه والكفين خمسة: أن يكون بقصد الخطبة وأن لا يقصد بالنظر لذة وإلا حرم وأن يرجو أن المرأة ووليها يجيبانه إلى ما سأل وإلا حرم وأن يكون بعلم من المرأة وإلا كره وأن يقتصر على الوجه والكفين وإلا حرم الزائد إلا أن يكون الوكيل امرأة ولا يوكل من الرجال إلا من يوثق بأمانته.

وقوله: (أو وكيله) عطف على ضمير الرفع المتصل في ينظر من غير فصل بالضمير المنفصل وقد قال ابن مالك:

وإن على ضمير رفع متصل	عطفت فافصل بالضمير المنفصل
أو فاصل ما وبلا فصل يرد	في النظم فاشيا وضعيفة اعتقد

فلو جرى على الراجح لقال: أن ينظر هو أو وكيل لكنه راعى الاختصار وقد قالوا: المختصرات تنزل منزلة الضرورات الشعرية.

وقوله: (وأن ينظر) أن وما دخلت عليه في تأويل مصدر معطوف على نائب فاعل ندب وهو (بكر).

وكذا قوله: (وأن تنظر منه ذلك) واسم الإشارة عائد على الوجه والكفين ثم جعل النظر من المندوبات تبع فيه الأصل التابع لابن القطان وعامة أهل المذهب على أنه جائز لا مندوب فألحق ذكره في الجائزات كما في «دص».

● **ص:**

وحل بالعقد غير الإيلاج بدبر.

● **ش:**

يعني: أن الرجل إذا عقد على المرأة عقدا صحيحا مبيحا للوطء فإنه يحل لكل من الزوجين بسبب العقد كل شيء من صاحبه غير الإيلاج بالدبر من نظر فرج أو غير ذلك من جميع أجزاء البدن كان الفرج قبلا أو دبرا.

وأما حديث: (إذا جامع أحدكم زوجته أو جاريته فلا ينظر إلى فرجها؛ لأن ذلك

يورث العمى)[١]. فهو منكر لا أصل له لكن الأكمل عدم النظر؛ لأنه يورث ضعف البصر وقلة الحياء في الولد؛ ولحديث عائشة: (والله ما رأى مني ولا رأيت منه).

وبالغ أصبغ في تحقيق جواز نظر الفرج بقوله: للسائل نعم عن ذلك نعم ويلحسه بلسانه لكن كلام أصبغ خرج مخرج المبالغة كما قلنا؛ لأن لحسه ليس من مكارم الأخلاق.

وشمل قوله: (غير الإيلاج بدبر) الاستمتاع بظاهر الدبر فيجوز أن يستمتع بظاهره ولو بوضع ذكره عليه ولو (بإمناء) على الراجح خلافا لـ«عبق» حيث قيده بقوله: من غير إمناء؛ أي: مخافة أن يسيل في الدبر فيضر بالمرأة، لما قيل: إنه يولد الأبنة، أو خشية الإيلاج فيه كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه.

ورد البناني هذا القيد الذي لـ«عبق» فالراجح أن له وضع ذكره على دبرها مطلقا.

ومفهوم قوله: (غير الإيلاج بدبر) أنه لا يحل الإيلاج في الدبر لقوله ﷺ: (من أتي امرأة في دبرها فعليه لعنة الله)[٢].

ولقوله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة:٢٢٣] أي: موضع حرث فهو من مجاز الحذف أي: ائتوا ذلك المحل كيف شئتم من خلف أو قدام باركة أو مستلقية أو مضطجعة.

وذكر الحرث دليل على أن الإتيان في غير المأتى المأذون فيه محرم وشبههن بمحل الحرث؛ لأنه مزرع الذرية وعليه قول ثعلب:

إنما الأرحام أرضون لنا محرثات ... فعلينا الزرع فيها وعلى الله النبات

والحرث بمعنى المحترث وأفرده؛ لأنه مصدر يستوي في الوصف به المفرد والجمع نحو رجل عدل ورجال عدل.

وقوله: (حل بالعقد) أي: بشرط أن يكون معه إشهادكما يفيده ما يأتي.

---

(١) قال الإمام الشوكاني في «الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة»: رواه ابن عدي عن ابن عباس مرفوعًا، وقال ابن حبان: وهذا موضوع، وكذا قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه، وعده ابن الجوزي في الموضوعات، وخالفه ابن الصلاح فقال: إنه جيد الإسناد.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٦٢).

• ص:

كملك غير المحرم والمبعضة والمعتقة لأجل والمكاتبة وهو لا كأمة الغير.

• ش:

تشبيه تام يعني: أن من ملك أمة غير محرم له من نسب أو رضاع وغير مبعضة وغير معتقة لأجل وغير مكاتبة فإنه يحل له بالملك كل شيء من وجوه الاستمتاع حتى نظر الفرج إلا الإيلاج في الدبر فيحرم وأما هو لا المتقدم ذكرهن فكأمة الغير فلا يرى منهن ما بين السرة والركبة وكذا المشتركة ولم يستثني الذكر المملوك والخنثى مع أنهما لا يحل الاستمتاع بهما لوضوح ذلك.

• ص:

وندب خطبة بخطبة وعقد وبدأ وليها فيه وتقليلها وإظهارها وتفويض العقد لفاضل وتهنئته ودعاء.

• ش:

(خطبة) الأول بضم الخاء و(خطبة) الثاني بالكسر والأول اسم لألفاظ مشتملة على أمر بتقوى والثاني التماس النكاح.

(وبدأ) وما بعده بالرفع عطف على مرفوع (ندب) يعني: أنه يندب للزوج أو وكيله والولي أو وكيله خطبة وهو كلام مجمع مخالف للنظم والنثر عند الخطبة بالكسر وهي التماس النكاح والبادئ في هذه الخطبة هو الزوج أو وكيله بأن يقول: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ﴾ [آل عمران:١٠٢]، ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا﴾ [النساء:١]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا...﴾ [الأحزاب:٧٠] الآية، ثم يقول: أما بعد فإن فلان رغب فيكم وقصد الانضمام إليكم ومصاهرتكم والدخول في حومتكم وفرض لكم من الصداق كذا وكذا فأنكحوه. فيجيبه ولي الزوجة أو وكيله فيقول بعد ما تقدم من الحمد وما بعده: أما بعد فقد قبلناه ورضينا أن يكون منا وفينا وما في معنى ذلك.

وقوله: (وعقد) عطف على قوله: (بخطبة) أي: وندب خطبة عند الخطبة بالكسر

وعند العقد والبادئ في خطبة العقد ولي الزوجة أو وكيله.

كما قال: (وبدأ وليها فيه) أي: في العقد بخلاف الخطبة بالكسر فيبدأ الزوج أو وكيله كما مر فالخطبة أربع فيقول الولي في خطبة العقد بعد ما تقدم من الثناء وما معه: أما بعد فقد أنكحتك أو زوجتك فلانة ابنتي أو أختي أو بنت فلان أو موكلتي على صداق قدره كذا وكذا.

فيقول الزوج أو وكيله بعدما تقدم من الثناء وما معه: أما بعد فقد قبلت نكاحها لنفس أو موكلي فالفصل بين الإيجاب والقبول بالخطبة غير مضر وكذا لسكوت قدرها لا يضر.

ويندب تقليل الخطبة في الحالتين إذ الكثرة توجب السآمة وأقلها: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله. ولا يلزم هنا تحذير ولا تبشير ويندب إظهار العقد وإشهاره وإطعام الطعام عليه وإنما ندب إظهاره بين الناس لبعد تهمة الزنى.

وورد: (أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف)[1].

وأما الخطبة بالكسر فينبغي إخفاؤها خشية المفسدين وقد ورد: (استعينوا على قضاء حوائجكم بالكتمان)[2].

وكذا يندب لولي الزوجة أو الزوج تفويض العقد لفاضل ترجى بركته ويقول: أنكحت فلانة بنت موكلي مثلا.

وكذا يندب أيضا تهنئة بالمهمز أي: إدخال السرور على العروس من زوج أو زوجة عند العقد والبناء نحو فرحنا لكم. ويوم مبارك. وسرنا ما فعلتم. وهي مباركة عليك إن شاء الله تعالى.

وكذا يندب أيضا الدعاء للعروس عند العقد والبناء نحو بارك الله لكل منكما في صاحبه وجمع بينكما في خير وسعة رزق وجعل منكما الذرية الصالحة.

وكره النووي الدعاء بالرفاء والبنين؛ لأنها من صيغ الجاهلية ولا يعرف النهي عنها في المذهب فإنها دعاء قاله «حش».

---

(١) أخرجه الترمذي (١٠٨٩).

(٢) أخرجه الطبراني في معجمه الصغير (١١٨٦).

● **ص:**

وإشهاد غير ولي عند العقد وإلا وجب قبل الدخول وإلا عذر للخلوة إلا أن يثبت الوطء فيجدا ما لم يغش.

● **ش:**

عطف على المندوبات السابقة يعني: أنه يندب إشهاد عدلين غير ولي الزوجة عند العقد وأما غير العدل من مستور وفاسق فعدم وكذا شهادة الولي على عقد وليته عدم ولو شهد مع غيره؛ لأنه يتهم في الستر عليها والمراد بالولي من له ولاية العقد ولو تولاه غيره بإذنه وكذا لا تعتبر شهادة الأجنبي الذي باشر العقد؛ لأنها شهادة على فعل نفسه وكذا لا تعتبر شهادة رجل واحد ولا رجل وامرأتين، ومصب الندب قوله: (عند العقد) فلا ينافي أن الإشهاد قبل البناء واجب كما قال وإلا وجب قبل الدخول. وإنما ندب عند العقد للخروج من الخلاف إذ كثير من العلماء لا يرى صحته إلا بإشهاد حال العقد ونحن نراه صحيحا كالبيع لكن لا تقرر صحته إلا بحصول الشهادة قبل البناء فجائزان.

يعقدا سرا فيما بينهما ثم يخبرا به عدلين كأن يقولا لهما: قد حصل منا العقد لفلان على فلانة وأن الولي يخبر عدلين والزوج يخبر عدلين غيرهما ولا يكفي أن يخبر أحدهما عدلا والثاني يخبر عدلا غيره لأنهما حينئذ بمنزلة العدل الواحد.

وأشار بقوله: (وإلا وجب قبل الدخول) إلى مفهوم قوله: (عند العقد) أي: أنه يندب الإشهاد عند العقد فإن لم يحصل إشهاد عند العقد وجب الإشهاد قبل الدخول فإن لم يحصل إشهاد قبل الدخول أيضا بأن دخلا إشهاد عذر للخلوة الحاصلة بينهما بالدخول ويصح النكاح بينهما إلا لحكم به كما يأتي وفسخه بطلقه لصحة العقد وهي بائنة؛ لأنه فسخ جرى من الحاكم وإنما فسخ جراء سدا لذريعة الفساد إذ لا يشاء اثنان يجتمعان على فساد في خلوة إلا يفعلانه ويدعيان سبق العقد بغير إشهاد فيؤدي إلى ارتفاع حد الزنى والتعذير فقط إذا لم يثبت الوطء أما إذا ثبت بإقرارهما أو بشهادة أربعة كالزنى فإنهما يحدان ما لم يحصل فشوا للنكاح فإن فشا النكاح بينهما بوليمة أو دف أو دخان أو كان على العقد أو على

الدخول شاهد واحد غير الولي فلا حد عليهما ولو علم كل منهما وجوب الإشهاد قبل البناء وحرمة الدخول بلاه.

وفي الحطاب: أن مثل الغشو ما إذا جاء مستفتيا.

(وإلا) الأولى والثانية فيهما إدغام إن الشرطية في لا النافية (وإلا) الثالثة للاستثناء.

والحاصل: أنه يندب الإشهاد عند العقد فإن لم يحصل الإشهاد عند العقد فيجب قبل الدخول فإن لم يحصل قبل الدخول عذرا فقط؛ لأجل الخلوة وفسخ النكاح إلا أن يثبت الوطء ببينة إقرار فإن ثبت حدا إن لم يحصل فشوا بكوليمة وشاهد واحد وإلا فلا حد لقوله ﷺ: (ادرؤوا الحدود بالشبهات)[1].

● ص:

وحرم خطبة راكنة وإن لذمي لا لفاسق إلا من مثل وفسخ إن لم يدخل ولو لم يقسم الأول.

● ش:

الخطبة بكسر الخاء أي: التماس النكاح ويعتبر ركون المرأة إن كانت غير مجبرة وإلا فالعبرة بركون مجبرها والركون معناه: الميل والرضى فإذا رجعت هي أو المجبر عن الركون فلا تحرم الخطبة إلا إذا رجعت لفرض في الثاني.

وهل حرمة الخطبة على خطبة الغير مطلقا سواء قدر صداق أو لا تحرم إلا إذا قدر الصداق لا إن لم يقدر؟ قولان مشهوران.

وفي البدر جواز الخطبة إذا كان الأول غير كفؤ للمرأة فلينظر.

وقوله: (وإن لذمي) مبالغة في حرمة الخطبة أي: تحرم خطبة المرأة الراكنة ولو لذمي ولو كان الثاني صالحا وأولى لو كانت راكنة لصالح أو مستور الحال لا لفاسق والمراد بالفاسق ما يشمل الفاسق بالاعتقاد وإنما لم تحرم الخطبة على خطبته وحرمت على خطبة الذمي؛ لأنه لا يقر على فسقه فيهدر فعله لعله يرجع عن فسقه.

وأما الذمي فيقر على دنيه بعقد الذمة عليه وهذا إذا كان الذمي مخطوبا عليه كما

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٧٠٠).

هو الموضوع. وأما لو كان خاطبا فقال: «حش»: ولا يمكن الذمي من الخطبة على الفاسق فإنه مسلم على كل حال هذا ما ينبغي الجزم به.

وحاصل المعنى: أنه يحرم خطبة امرأة راكنة لصالح أو مستور أو ذمي سواء كان الخاطب الثاني صالحا أو مستورا أو فاسقا أو ذميا فهذه اثنتا عشرة صورة.

وأما إذا كانت راكنة لفاسق فلا تحرم خطبتها إلا على فاسق مثله أو ذمي كما سبق فلا تحرم خطبتها على صالح أو مجهول حال فالجملة ستة عشر صورة تحرم الخطبة في أربعة عشر ولا تحرم في صورتين.

ويفسخ نكاح الثاني وجوبا بطلقة بائنة بلا مهر في صور التحريم قبل الدخول ولو لم يقسم الخاطب الأول ولو لم يعلم الثاني بخطبة الأول وإنما فسخ وإن لم يقسم الأول بحقه نظرا لحق الله تعالى في تحريمه وعلى ذلك فلا يجوز للثاني الخطبة ولو أذن الخاطب الأول.

وأما إذا دخل بها الثاني مضى ولا فسخ ولو انكسر المسبب فالمراد بالدخول إرخاء الستور. وقيل: يفسخ مطلقا. وقيل: لا يفسخ مطلقا. وقيل: إن الفسخ قبل الدخول استحبابا.

ويكره للرجل ترك من ركنت إليه بعد خطبته؛ لأنه من إخلاف الوعد.

قال بعض: ولا يحرم على المرأة أو وليها بعد الركون أن يرجعا عن ذلك إلى غير الخاطب.

وينبغي ما لم يكن الرجوع بسبب خطبة الثاني وإلا حرم.

واعلم أن كل من يقوم مقام المرأة في الركون مثل أمها فركونه كركونها ما لم يظهر ردها هي وكذا ركون وليها الغير المجبر كركونها ما لم يظهر ردها وأما ركون المجبر فهو كاف في الحرمة ولو ظهر ردها.

تنبيه:

إذا تزوجها الثاني وادعت أنها رجعت عن الركون للأول قبل خطبة الثاني وادعى الأول أن رجوعها بسبب خطبة الثاني يستظهر «عج» أن القول قولها. وقال اللقاني: لا يصح نكاحها إلا إذا شهدت على الرجوع وإلا فسخ إن لم يبين.

● ص:

وحرم مواعدة معتدة.

● ش:

يعني: أنه يحرم على الرجل مواعدة المرأة المعتدة من غيره سواء كانت معتدة من وفاق أو طلاق رجعي أو بـانت مسلمة كنات أو كتابيـة حرة أو أمة والمواعدة مفاعلة مـن الجانبين بأن تعده بـالنكاح بعد العدة ويـعدها به بعدها وأمـا العدة من أحدهما فمكـروه فقط كما يأتي وإذا حرمت المواعدة فـي العدة فأولى يحرم صريح الخطبة؛ لأنه لها هيبة معتادة تخصها كالبداء بالخطبة بالضم.

وقولـنا: (المعتـدة من غيره) احترازا مـما إذا كانـت معتدة منه فـإنه لا يحرم عليه مـواعدتها في العدة ولا التصريـح لها فيها بالخطبة ويجـوز له أن يتزوجها في عدتها منه حيث لم يكن طلاقها بالثلاث.

● ص:

أو مستبرأة.

● ش:

عطف على معتدة أي: وكذا يـحرم مواعدة امرأة مسـتبرأة في مدة استبرائها وأولى يحرم صريح خطبتها وسواء كانت مستبرأة من زنى أو غصب ولو منه؛ لأن هذا الماء فاسد ولـذا لا ينسب إليه ما تخلق منه وكذا إذا كـانت مستبرأة من وطء مالكها أو من شبهه نكاح أو ملك فيحرم التصريح لها بالخطبة والمواعدة في زمن الاستبراء.

● ص:

كمجبرهما.

● ش:

تـشبه في تحـريم المـواعدة والتـصريح أي: وكـذا يحرم مـواعدة مجبر الـمعتدة والمستبرأة أو التـصريح لها بالخطـبة وأما الولي الغير الـمجبر فلا تـحرم مواعدته ولا التصـريح له بغير علـمها بل تكـره فقط علـى المعتـمد كالعـدة من أحدهمـا خلافا لإطلاق الخَرَشِي في الولي حيث جعل المجبر وغيره سواء في حرمة ما ذكر.

● **ص:**

وفسخ إن عقد فيها وإبداء وطء غير صاحب الماء غير الرجعية.

● **ش:**

(فسخ) و(عقد) كل منهما بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير يعود على النكاح وضمير فيها يعود على مدة منع النكاح وهي مدة العدة والاستبراء لمعلومة مما سبق.

وقوله: (وطء) فاعل (إبداء) ومفعوله محذوف أي: إبداء التحريم ووطء مصدر مضاف لفاعله وهو (غير صاحب الماء) و(غير الرجعية) مفعول المصدر و(غير الرجعية) هي البائن والمتوفى عنها والمستبرأة من شبهة نكاح أو من ملك أو شبهة ملك أو من زنى أو غصب.

تقدم أنه يحرم صريح الخطبة والمواعدة في العدة والاستبراء وذكر هنا أنه إذا وقع عقد على معتدة أو مستبرأة كان فاسدا ويفسخ وله أن يتزوجها بعد تمام ما هي فيه من عدة أو استبراء إذا لم يحصل منه وطء ولا مقدمات فإن حصل منه مقدمات فسيأتي.

وإن حصل منه وطء فهو ما أشار إليه هنا بقوله: (وإبداء وطء غير صاحب الماء غير الرجعية) يعني: أنه إذا عقد على معتدة أو مستبرأة في زمن العدة أو الاستبراء ووطأها في العدة أو الاستبراء أو بعد تمامها فإنه يتأبد عليه تحريمها سواء كانت حاملا أو لا ولها الصداق ولا ميراث بينهما؛ لأنه مجمع على فساده.

ومحل تأبيد التحريم إن كان الواطئ غير صاحب الماء بأن كانت معتدة أو مستبرأة من غيره وكانت الموطوءة غير رجعية بأن كانت بائنا أو متوفى عنها أو مستبرأة مما مر، أما إن كان الواطء في العدة أو الاستبراء هو صاحب الماء بأن كانت معتدة أو مستبرأة من مائه فإنه لا يتأبد تحريمها عليه فله أن يتزوجها بعد تمام استبرائها من مائه الثاني، وإن كانت الموطوءة معتدة من طلاق رجعي فلا يتأبد تحريمها على الواطئ؛ لأنها ذات زوج، كما نص عليه ابن القاسم في المدونة كوطء.

وظاهر أبي الحسن وتبعه ابن عبد السلام والأصل أنه يتأبد عليه التحريم وصححه في الشامل.

تنبيه:

من أفسد امرأة على زوجها ليتزوج بها تأبد تحريمها عليه لا فرق بين أن يطأها في عدة طلاقها الرجعي أو غيره أو بعد تمام عدتها معاملة له بنقيض قصده ولئلا يسارع الناس إلى إفساد الزوجات لكن إن عقد في العدة ووطء فيها أو بعدها فتأبيد التحريم مطلق وإن عقد عليها بعد العدة سواء وطء أو لا فتأبيد التحريم مقيد بدوام أثر الإفساد أما إذا طال الزمن جدا أو طلقها الأول باختياره أو مات عنها فينتهي التحريم بذلك كما يفيده «حش».

● **ص:**

إن كانا نكاحا أو شبهته مطلقا أو ملكا أو شبهته على الأولين.

● **ش:**

تقدم أن وطء المعتدة والمستبرأة يؤبد التحريم بشرط أن يكون الواطئ غير صاحب الماء وأن تكون الموطوءة غير رجعية وذكر هنا شرطين على سبيل البدل:

الأول: أن يكون هذا الوطء الطارئ نكاحا أو شبهته مطلقا أي: سواء طرأ على نكاح أو شبهته أو ملك أو شبهته أو زنى أو غصب لكن التأبيد في الزنى والغصب قول مالك ومطرف.

وقال ابن القاسم وابن الماجشون بعدم التأبيد فيهما.

والثاني: أن يكون الطارق ملكا أو شبهته على الأولين وهما النكاح أو شبهته فالأولين في كلامه مثنى.

وشبهة النكاح: أن يطأها بغير عقد يعتقد أنها زوجته.

وشبه الملك: أن يطأها معتقدا أنها أمته.

وحاصل المعنى: أن غير صاحب الماء إذا وطء معتدة غير مرجعية أو مستبرأة بأنواعها فإنه يتأبد تحريمها عليه أن كان وطؤه لها بنكاح أو شبهة نكاح مطلقا سواء كانت محبوسة بسبب عدة نكاح أو شبهته أو ملك أو شبهته أو زنى أو غصب فهذه

اثنا عشر صورة أو كان وطأه لها بملك أو شبهة ملك وهي في عدة نكاح أو شبهه فهذه أربع صور أيضا.

فالجملة ستة عشر صورة يتأبد فيها التحريم.

ومفهوم قوله: (إن كان نكاحا... إلخ) أنه إذا كان الوطء غير ما ذكر لا يتأبد التحريم وغير ما ذكر لا يتأبد التحريم وغير ما ذكر هو الزنى والغصب فإذا زنى بامرأة أو غصبها فلا يتأبد تحريها عليه مطلقا سواء كانت معتدة من نكاح أو شبهته أو مستبرأة من ملك أو شبهته أو من زنى أو غصب فهذه اثنا عشر صورة تضاف للثمانية التي قبلها فتكون الجملة عشرون صورة لا يتأبد فيها التحريم وتقدم ستة عشر يتأبد فيها التحريم.

فالجملة ستة وثلاثون حاصلة من ضرب ستة وهي: المحبوسة بنكاح أو شبهه أو ملك أو شبهته أو زنى أو غصب في مثلها يتأبد التحريم في ستة عشر ولا يتأبد في العشرين وكلها مأخوذة من «المص» رحمه الله بعضها بالمنطوق وبعضها بالمفهوم علمت.

واعلم أن محل التأبيد في الستة عشر إن وطء في العدة والاستبراء كما هو الموضوع لأبعدهما فلا يتأبد إلا فيما إذا عقد عليها عقد نكاح في العدة أو الاستبراء ووطء بعد فراغهما فإنه يتأبد عليه.

وأما الوطء بشبهة النكاح أو بالملك أو شبهة الملك فلا يؤبد إلا إذا وقع في العدة كما سيأتي وتقدم أن العقد في العدة أو الاستبراء لا يؤبد التحريم إذا لم يحصل وطء ولا تلذذ سواء كانت معتدة من نكاح أو شبهته أو مستبرأة من زنى أو غصب أو ملك أو شبهته.

وقوله: (نكاحا) خبر كان واسمها مستتر يعود على الوطء أي: أو إبداء وطء غير صاحب الماء إن كان هذا الوطء نكاحا أي: مستند النكاح أي: لفقد نكاح.

وقوله: (أو شبهته) عطف على (نكاحا) والضمير فيه عائد على النكاح.

وقوله: (مطلقا) أي: سواء طرأ وطء النكاح أو شبهته على نكاح أو شبهته أو ملك أو شبهته وزنى أو غصب.

وقوله: (أو ملكا أو شبهته) عطف على (نكاحا) وعلى (الأولين) متعلق بمحذوف أي: أو ملكا وشبهته طرأ على الأولين وهما النكاح وشبهته هذا كله في الوطء.

وأما المقدمات فأشار لها بقوله:

● ص:

والمقدمات في العدة كالوطء إن استندت لعقد.

● ش:

يعني: أن مقدمات الجماع من قبلة أو مباشرة كالوطء يتأبد بها التحريم إن وقعت في العدة من نكاح أو شبهته أو في الاستبراء من زنى أو غصب أو ملك أو شبهته واستندت لعقد نكاح في العدة والاستبراء وكذا إذا استندت لعقد ملك في عدة نكاح أو شبهته أما إذا وقعت المقدمات بعد العدة أو الاستبراء كما أنها إذا لم تستند لعقد ملكه أو نكاح بل استندت لشبهة عقد ملك أو ملك أو نكاح لا يتأبد بها التحريم.

فمن قبل معتدة أو مستبرأة من غيره معتقدا أنها زوجته أو أمته لم يتأبد تحريمها عليه.

والحاصل: أنه إذا لم يحصل عقد فلا أثر لمقدمات الوطء مطلقا بشبهة أو لا وإذا حصل عقد فإن وقعت في العدة والاستبراء أبدت التحريم وبعدهما لا تحرم.

فقوله: (إن استندت لعقد) شامل لعقد الملك فمقدمات الجماع في عدة النكاح أو شبهته إذا استندت لعقد ملك تؤبد التحريم.

وبعبارة: العقد في كلامه يشمل عقد الملك فيما يحرم فيه وطء الملك وهو ما إذا طرأ على نكاح أو شبهة نكاح فإذا عقد ملكها وهي في عدة نكاح أو شبهته وقبلها أو باشرها في العدة تأبد تحريمها عليه.

وأما ما لا يحرم فيه وطء الملك فلا تحرم فيه مقدماته كما إذا اشتراها وهي مستبرأة من زنى أو غصب وقبلها مثلا في الاستبراء فلا يتأبد تحريمها عليه فتدبر.

واعلم: أن صور المقدمات ستة وثلاثون يتأبد التحريم في ثمانية منها ولا يتأبد

في ثمانية وعشرين أما الثمانية فهي: ما إذا استندت المقدمات لعقد نكاح مطلقا كانت المرأة في عدة نكاح أو شبهته أو في استبراء من ملك أو شبهته أو من زنى أو غصب أو استندت لعقد ملكه وهي في عدة نكاح أو شبهته.

وأما الثمانية والعشرين فهي: ما إذا استندت المقدمات لشبهة نكاح أو ملك أو الزنى أو غصب مطلقا كانت المرأة في عدة نكاح أو شبهته أو في استبراء من ملك أو شبهته أو من زنى لو غصب أو استندت لملك وهي في استبراء من ملك أو شبهته أو من زنى أو غصب.

● ص:

والوطء بعدها مع العقد فيها كهو فيها.

● ش:

يعني: أن الوطء بعد العدة مع العقد فيها كهو أي: كالوطء فيها أي: العدة في تأبيد التحريم والاستبراء كالعدة فإذا عقد عليها في العدة أو في الاستبراء ووطئها بعدهما تأبد تحريمها عليه كما يتأبد إذا وطء فيهما.

ومفهوم قوله: (مع العقد فهيا) أنه إذا وطأها بشبهة نكاح من غير عقد في العدة لا يتأبد عليه التحريم إلا إذا وطأها في العدة لا بعدها ولو صرح لها بالخطبة في العدة كما إذا وطء امرأة ليست في عدة معتقدا أنها زوجته فإنه لا يتأبد تحريمها عليه.

ومراده بـ(العقد) عقد النكاح لا عقد الملك فإذا كانت الأمة في استبراء من سيدها أو من غيره فاشتراها شخص ووطأها في ذلك الاستبراء فإنه لا يتأبد تحريمها عليه؛ لأن المقصود من الملك الخدمة دون الوطء فضعف الوطء فيه.

وكذا لا يتأبد التحريم إذا وطأها في استبرائها بشبهة ملك كما مر وأما لو وطأها بملك أو شبهة ملكه في نكاح أو شبهة نكاح فيتأبد كما مر أيضا.

وبعبارة: الوطء بعد العدة والاستبراء مع عقد النكاح فيهما كالوطء فيهما في تأبيد التحريم الست عشرة صورة المتقدمة.

تنبيهات:

الأول: إذا طلق الرجل زوجته ثلاثا ثم تزوجها في عدتها ووطأها فيها لا يتأبد

تحريمها عليه؛ لأن الماء ماؤه ومنعه منها لم يكن لأجل العدة بل لكونها لم تتزوج غيره أما لو وطأها في عدتها من زوج بعده تأبد تحريمها عليه وهذا التنبيه يفيده قول «المص»: وإبداء وطء غير صاحب الماء. فلذا لم يذكره وإن ذكره الأصل.

الثاني: الوطء الحرام لا يؤبد التحريم كالوطء في حج أو عمرة أو بلا ولي أو خامسة أو الجمع بين محرمتي الجمع ذكره الأصل وشراحه وتكره.

«المص»: لوضوحه وأخذه من محاله الآتية.

الثالث: قال «دص»: واعلم أن تأبيد التحريم في المسائل المتقدمة لم يقل به الحنفية ولا الشافعية؛ لأنه خلاف الأصل ولم يقم عليه دليل عندهم.

• ص:

وكره عدة من أحدهما وإهداء والراجح لا رجوع به مطلقا.

• ش:

تقدم أن المواعدة من الجانبين حرام، وأما إذا وعد أحدهما صاحبه دون الآخر فهو مكروه كأن يقول لها: أنا أتزوجك بعد العدة أو عكسه فيسكت المخاطب منهما.

وكذا يكره أيضا الإهداء لها في العدة كأن يهدي لها نحو الفواكه والخضر وفي الأصل جواز الإهداء لها وإذا أهدىٰ للمعتدة أو غيرها وتزوجت غيره فالراجح من الخلاف كما في مخشي.

«خ»: لا رجوع له عليها بشيء مطلقا كان الرجوع من جهته أو من جهتها.

ونقل شمس الدين اللقاني عن البيان أنها إن رجعت هي غرمت وإن رجع هو فلا يرجع ويعمل بالشروط والعرف في الرجوع وعدمه ومما يعمل فيه بالعرف أنه إذا كان الإهداء خطبة عادة حرم في العدة.

وقوله: (وإهداء) أي: في العدة. وأما قوله: (والراجح... إلخ) ففي الإهداء في ذاته سواء كانت معتدة أو لا كما أشرت له وعدة بفتح الدال مخففة وضمير به للشيء المهدىٰ والنفقة كالهدية في الرجوع وعدمه إلا أن النفقة في العدة حرام والاستبراء كالعدة في جميع ما مر.

• ص:

والتعريف للعارف جائز.

• ش:

يعني: أنه يجوز للخاطب العارف أن يفرض للمرأة المعتدة بالنكاح سواء كانت في عدة وفاة أو طلاق بائن من غيره وأما عدة الرجعي فيحرم التعريض فيها إجماعا؛ لأنها زوجة والعارف هو الذي يعرف التعريض من الوعد والتصريح.

وأما من لا يعرف التعريض من الوعد أو التصريح وأما من لا يعرف التعريض من الوعد أو التصريح فلا يجوز له ذلك ومدار الجواز على معرفته هو سواء عرفت هي أو لم تعرف كما يفيده «ز». ومثل المرأة في ذلك وليها المجبر كغير المجبر مع علمها وإنما جاز التعريض لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوْلًا مَّعْرُوفًاۚ﴾ [البقرة:٢٣٥].

والتعريض: هو أن يظهر في كلامه ما يصلح للدلالة على مقصوده ويسمى تلويحا؛ لأنه ذكر الكلام في معناه ولوح به إلى إرادة لازمة فهو لفظ استعمل في معناه ليلوح بغيره فهو حقيقة إبداء.

والكناية: هي التعبير عن الشيء بلازمه كقولنا في شجاعة الشخص: طويل النجاد. وفي كرمه: كثير الرماد. والنجاد بكسر النون: حمائل السيف.

ويجوز التعويض ولو من كل منهما ومثله بأني فيك راغب ولكن هذا في عرفنا من التصريح فالأحسن أن يمثل له بنحو نعمت المرأة أنت ومن يجد مثلك أو أنت الآن على كريمة وسيأتيك من قبلنا خيرا ورزق. أو إن شاء الله يكون خيرا. وأنا محب أو معجب.

• ص:

وكره تزويج زانية أو مخطوبة في العدة بعدها وندب فراقها.

• ش:

يعني: أنه يكره للرجل أن يتزوج بامرأة أي: مشهورة بذلك ولو بقرائن الأحوال وإن لم يثبت عليها الزنى بالوجه الشرعي لما ورد: (تخيروا لنطفكم)[1].

(٧١١) أخرجه ابن ماجه (١٩٦٨).

فإن قلت: تزويج الزانية فيه إقرار لها على المعصية فلم كره ولم يحرم؟

قلنا: فرض الكلام في أنها مشهورة بذلك بحسب كلام الناس، ولم يثبت عليها ذلك، يلزم الإقرار على المعصية على أنه لو ثبت فالمعصية انقضت بالفراغ منها.

وقوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ﴾ [النور:٣] وارد في حق من هم بتزويج الزانية لتنفق عليه من الزنى، وقيل: منسوخ.

وكذا يكره لمن صرح بالخطبة للمرأة في عدتها أن يتزوجها بعد انقضائها.

فقوله: (أو مخطوبة) عطف على زانية.

وقوله: (بعدها) ظرف للتزويج المعد دخوله على مخطوبة؛ أي: يكره للخاطب في العدة أن يتزوج المخطوبة بعدها؛ أي بعد العدة وإذا وقع وتزوج الزانية أو المخطوبة في العدة ندب له فراقها.

ثم شبه في الندب قوله:

● **ص:**

كعرض راكنة لغير إن دخل.

● **ش:**

يعني: أن من تزوج امرأة كانت ركنت لغيره فإنه يندب له أن يعرضها على ذلك الغير الذي كانت ركنت إليه إن دخل بها هذا الثاني فإن لم يدخل بها فسخ كما سبق وإذا عرضه عليها بعد الدخول فإن سامحه فلا كلام وإلا ندب له طلاقها. فكلام «المص» جار على المعتمد من الفسخ قبل الدخول، وما في الأصل ضعيف.

تنبيه:

يجوز للإنسان ذكر المساوئ ـ أي: العيوب ـ التي في أحد الزوجين للآخر للتحذير ممن هي فيه ومحل الجواز ما لم يسأل عن ذلك وإلا وجب؛ لأنه من النصيحة ولا يجوز التصريح إن فهم من التلويح. ذكره الأصل وشراحه.

ثم شرع يتكلم على الأركان والشروط وما يتعلق بذلك وبدأ بالكلام على الصيغة لقلة الكلام عليها فيتفرغ منها لغيرها فقال:

• ص:

ولا ينعقد بغير مفيد التملك.

• ش:

أركان النكاح ثلاثة:

الأولى: ولي يحصل منه ومن غيره كزوج أو وكيله العقد.

والثاني: المحل وهو الزوج والزوجة المعلومان الخاليان من الموانع الشرعية كالإحرام والمرض.

والثالث: الصيغة الصادرة من الولي والزوج أو من وكيلهما الدالة على انعقاد النكاح ابن الحاجب: هي لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة. اهـ. أي: كأنكحت أو زوجت وكقبلت أو رضيت وأما الصداق فلا يتوقف عليه العقد بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع وإن كان لا بد منه فيكون شرطا في صحة النكاح وكذا الإشهاد لا يتوقف عليه ماهية العقد فهو شرط في الصحة أيضا.

والكلام الآن في الصيغة فذكر أنه لا ينعقد النكاح بغير لفظ يفيد التمليكه مدة الحياة يعني: أن النكاح لا ينعقد بين الزوجين بغير لفظ يدل على تمليك الذات للزوج كالحبس والعمرى والوقف والعارية والرهن والإجارة فإذا قال الولي: حبستها أو أوقفتها أو أعرتها أو رهنتها أو أجرتها لك فلا ينعقد به النكاح ونحو ذلك. فالمراد من التمليك تمليك الذات كما هو محمل الإطلاق أفاده «الش» أي: أن التملك إذا أطلق كما هنا يحمل على تملك الذات لا المنفعة فلذلك جرح الحبس والعمرى والرهن والإجارة هذا معني كلامه: مع أن النكاح ليس فيه ملك ذات بل ولا ملك منفعة؛ لأن الزوج لا يملك منفعة البضع وإنما يملك الانتفاع به بنفسه فقط بدليل أن المرأة إذا غصبت كان مهر المثل الذي يغرمه الغاصب لها لا لزوجها كما في «حش» فالأحسن أن يحمل التمليك على تمليك العصمة ويترتب عليه ملك الانتفاع.

وعبر بالتملك ولم يعبر بالتأبيد لئلا يدخل في ذلك الحبس والعمرى لأنهما يفيدان التأبيد مدة الحياة مع أنه لا ينعقد بهما النكاح فاضطر «المص» إلى التعبير

بالتملك لإخراج هذه الأمور السابقة ولكن قد عرفت أنه غير سالم من الاعتراض ولا ينعقد النكاح بلفظ الوصية كأوصيت لانحلاله ولا بكتابة إشارة إلا لضرورة خرس.

ومفهوم (غير مفيد التمليك) أنما يفيد التملك ينعقد به النكاح كما أشار له بقوله:

● ص:

بل بالهبة إن ذكر مهرا وإلا فالراجح عدمه.

● ش:

أي: أن لا ينعقد بغير ما يفيد التملك بل ينعقد بالهبة؛ لأنها تفيد التملك ولأنها عهدة في النكاح لقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب:٥٠] لكن لا يعقد بالهبة إلا إذا سمى لها مهرا كوهبت لك ابنتي بكذا من الصداق. قيل: ومثل ذكر المهر كل قرينة تدل على النكاح كوهبتها لك تفويضا.

وقوله: (وإلا) مفهوم الشرط أي: وإلا يذكر لها مهرا. فالراجح من الخلاف عدم الانعقاد وترددوا في الصدقة فقيل: مثل الهبة ينعقد بها النكاح إن ذكر مهرا. وقيل: هي لاغية بالكلية فلا ينعقد بها النكاح ولو ذكر مهرا.

ثم شبه في عدم الانعقاد على الراجح قوله:

● ص:

كالبيع والتمليك مطلقا وقيل: ينعقد.

● ش:

يعني: أنه لا ينعقد النكاح على الراجح بالبيع ونحوه كالتمليك والإباحة والعطية مطلقا سواء ذكر مهرا أو لا فإذا قال: بعتها لك أو ملكتها لك أو أبحت أو أحللت أو أعطيت أو منحت أو أطلقت ونحو ذلك من كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة فإنه لا ينعقد سواء سمى لها مهرا أو لا.

كذا قالوا: وإن لم تظهر المدارك فهو استحسان تقصر عنه عبارة المجتهد لكنه حجة على مقلده. وقيل: ينعقد بالبيع ونحوه ذكره مهرا أو لا. وهو خلاف الراجح.

● ص:

وهزله جد.

● ش:

يعني: أن النكاح هزله جد فينعقد بالهزل ولو قامت قرينة على قصد الهزل منهما معا كالطلاق والرجعة والعتاق ولا تعتبر قرينة الهزل.

وبعبارة: إذا قال: زوجتك ابنتي مثلا فقال الزوج: رضيت أو قبلت لزم النكاح بينهما وإن لم يرض الآخر ولو قامت قرينة على الهزل منهما.

● ص:

كزوجني فيقول زوجت.

● ش:

هذا يحتمل أنه تمثيل للهزل أو تشبيه به ويحتمل أنه مشبه بالهبة في الانعقاد أو تشبيه بالبيع في الانعقاد على القول الثاني ويحتمل أنه تمثيل للصيغة التي ينعقد بها النكاح لإفادتها التمليك يعني: أن الزوج إذا قال للولي: زوجني أو أنكحني ابنتك مثلا بكذا فقال الولي: زوجتك أو أنكحتك إياها أو فعلت. انعقد النكاح بينهما ولزم ولو لم يرض أحدهما ولو قامت قرينة منهما على الهزل.

وعلم من كلامه أنه لا يشترط الترتيب بين الإيجاب والقبول يعني: أنه لا يشترط أن يكون كلام الزوج بعد كلام ولي المرأة بل يندب فقط.

تنبيهات:

الأول: إذا قال الزوج: كنت هازلا. وقلنا: ينعقد النكاح بذلك. فهل يمكن منها ولا يضره إنكاره، وهو قول أبي عمران وهو الموافق لما يأتي من إنكار الزوج لا يعد طلاقا أو لا يمكن منها ويلزمه نصف الصداق؟ خلاف

الثاني: إذا قال رجل لآخر: بكم أصدقت ابنتك فقال: بمائة مثلا فقال الزوج: قبلت فلا يلزم الأب؛ لأنه لم يوجد: أنكحت ولا زوجت ولا وهبت وهذا نظير من أوقف سلعته بالسوق فقال له شخص: بكم هي فقال البائع: بمائة. فقال المشتري: أخذتها. فقال البائع: لا أرض. فإنه يحلف أنه ما أراد البيع ويأخذ سلعته.

وبعبارة: ذكر بعض المتأخرين أنه إذا قال: زوجني ابنتك أو بعني سلعتك فقال: بعتها أو زوجتها لك ففي ذلك أقوال قيل: يلزم فيهما. وقيل: لا يلزم فيهما. وقيل: يلزم في النكاح لا البيع.

الثالث، المضارع نحو أزوجك ابنتي كالماضي ينعقد به النكاح إن قامت قرينة على الإنشاء لا الوعد.

الرابع، ينعقد النكاح بالكتابة والإشارة من الأخرس وكذا من الناطق إن كان ذلك جوابا من زوج أو ولي لا إن كان بدأ.

● ص:

وصح إن مت فقد زوجت ابنتي فلانا، وهل إن قبل بقرب موته؟ قولان.

● ش:

يعني: أن المريض إذا قال في مرضه: إن مت في مرضي هذا فقد زوجت ابنتي لفلان ومات من مرضه فإنه يصح النكاح إن قبل الزوج بعد موته لا قبله سواء كان مرضه مخوفا أو لا طال أو قصر وصحته مجمع عليها؛ لأنها من وصايا المسلمين وهل محل الصحة إن قبل الزوج بقرب موت أي: بعد موته بالقرب فإن بعد لا يصح أو يصح مطلقا ولو قبل بعد موته ببعد قولان.

والقرب بالعرف وقيل: بسنة وهل يقاس الصحيح على المريض فيصح النكاح إذا قال: إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان وقبل فلان بعد موته أو لا يقاس على المريض فلا يصح ذلك؟ قولان أظهرها الثاني.

ثم أن محل القولين في «المص» إذا طال قبل العلم أما إن طال وتأخر قبوله عامدا بطل قولا واحدا.

وأما الفورية بين الإيجاب والقبول في مجلس العقد فاشترطها الشافعية وجماعة ولا يضر الفصل اليسير بخلاف الكثير فيضر والظاهر أن الطول الكثير ما يعد به مرضا بالعرف.

ثم شرع يتكلم على الولي وهو ضرب بأن مجبر وهو المالك فالأب فالوصي وغير مجبر وهو من سواهم وبدأ بالمالك لقوته فقال:

● ص:

وجبر بلا ضرر مالك القن.

● ش:

(مالك) فاعل (جبر) وهو شامل للمالك الذكر والأنثى إلا أنها توكل من يباشر العقد و(القن) مفعول (جبر) وهو شامل للذكر والأنثى والبكر والثيب والبالغ وغيره والمجنون وغيره.

والمراد بالـ(ضرر) ما يوجب الخيار لأحد الزوجين في صاحبه كالجزام والبرص لا قبح المنظر والفقر فليس من الضرر. والمعنى أن المالك المسلم الحر ولو أنثى له جبر رقيق القن على التزويج سواء كان الرقيق ذكرا أو أنثى بالفاء أو غيره إذا لم يكن هناك ضرر على الرقيق في النكاح كتزويجه من ذي عاهة كجزام أو برص وإلا فلا جبر له عليه فإن جبره فله الفسخ ولو طال الزمن والمالك مقدم على الأب والوصي؛ لأنه أقوى في التصرف منهما وسيأتي محترز القن في كلامه.

● ص:

ولا يجبر على زواجه أو بيعه.

● ش:

(يجبر) بالبناء للمفعول ونائب الفاعل ضمير يعود على المالك يعني: أن المالك لا يجبر على تزويج رقيقه أو بيعه ولو تضرر الرقيق بعد الزواج ولو قصد المالك إضراره بذلك؛ لأن الرقيق لا حق له في النكاح.

● ص:

لا مالك البعض.

● ش:

هذا وما بعده محترز يعني: أن مالك بعض الرقيق لا يجبره على التزويج سواء كان الرقيق ذكرا أو أنثى وسواء كان البعض الآخر حرا أو ملكا لغيره نعم إذا كان الرقيق مشتركا بين اثنين فأكثر فلهم خيرة إن اتفقوا على تزويجه لا إن خالف بعضهم فليس للباقي جبره.

واعلم أن نفي الجبر عن مالك البعض لا ينافي ثبوت أصل الولاية على الرقيق الذكر أو الأنثى.

ونفي الجبر أيضا عن مالك البعض لا ينافي أن له الرد إن لم يأذن في تزويج المبعض ويختم الرد في الأنثى إذا تزوجت من غير إذنه.

وبعبارة: لا يجبر مالك البعض لكن له الرد وله الإجارة إن تزوج بغير إذنه إن كان ذكرا أو إن كان أمة تحتم الرد ولو عقد لها أحد الشريكين أو الشركاء.

● **ص:**

ولا مكاتبا.

● **ش:**

عطف على محل البعض؛ لأنه في محل نصب أو من عطف الجمل أي: ولا يجبر المالك مكاتبا يعني: أن السيد لا يجبر المكاتب على التزويج؛ لأنه أحرز نفسه وماله سواء كان المكاتب ذكرا أو أنثى.

● **ص:**

بل مدبرا ومؤجلا ما لم يمرض أو يقرب الأجل.

● **ش:**

قوله: (ما لم يمرض) راجع للمدبر وقوله: (أو يقرب الأجل) راجع للمؤجل يعني: أن السيد له جبر المدبر والمعتق لأجل إن لم يمرض السيد مرضا مخوفا في المدبر وإن لم يقرب الأجل بثلاثة أشهر في المؤجل فإن مرض السيد أو قرب الأجل فلا خير على واحد منهما ولا فرق في المدبر والمؤجل بين الذكر والأنثى على التحقيق، وفي البناني قصر الجبر على الذكر لا الأنثى.

● **ص:**

وكره جبر أم الولد.

● **ش:**

يعني: أنه يكره للسيد جبر أم ولده على التزويج على المعول عليه كما في محشي الخَرَشِي تبعا للرماصي خلافا لمن نفي عنه جبرها.

وجعل (الواو) في قول الأصل الآتي (وكره تزويجها وأن برضاها) واو الحال. أي: يكره للسيد تزويجها والحال أنه برضاها؛ أي: فإن لم ترض فليس له جبرها وقد علمت أن المعول عليه أنه له الجبر مع الكراهة.

ولا تزوج أم الولد حتى تميز من مال السيد. وأما المخدمة فلا تزوج إلا برضاها ورضي من له الخدمة إن كان مرجعها لحرية وإلا كفى رضي من له الخدمة. قاله «خ».

ثم شرع في المجبر الثاني بعد السيد وهو الأول فقال:

● **ص:**

ثم أب.

● **ش:**

أي: أن الثاني من الولي المجبر (الأب) ورتبته بعد رتبة السيد، فلا كلام للأب مع وجود سيد ابنته، ولذ أتى بثم التي للترتيب الرتبي أي: أن مرتبة الأب متأخرة عن مرتبة السيد عند عدمه.

وإذا جبر الأب ابنته فله الجبر عليها ولولا عمي أو أقل حالا أو مالا منها أو قبيح منظرا وبربع دينار ولو كان مهر مثلها قنطار وليس ذلك لغيره كالوصي.

واعلم أن الجبر ولاية وزيادة وما في «شب» من أن الأب مقدم في الجبر والابن مقدم عليه في الولاية، غير معقول. وإن تبعه محشي الخَرَشِي. أفاده «الش».

ويمكن الجواب عن «شب»: بأن في الواقعة في كلامه سببه أي: أن الأب مقدم على ابن المجنونة وعلى الابن من زني مثلا بسبب الجبر الذي له عليها، فلا يلزم أن الابن له جبر.

وقوله: (والابن مقدم عليه في الولاية). أي: الولاية التي لا جبر فيها وهي الولاية الآتية في العصيان هذا مفاد «حش» وقول «المص».

ثم (أب) عطف على (مالك القن). أي: ثم (جبر أب) فـ(أب) فاعل (جبر) للقدر ومفعول (مجنونة) الآتي ثم إن الجبر للأب إن كان رشيدا وإلا فعوليه كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

أو وليه.

• ش:

أي: أن الأب إن كان سفيها فالذي له الجبر وليه على ما لـ«عب» والخَرَشِي و إن نازعها «بن» بأن السفيه ذا الرأي له النظر في نكاح ابنته ولا منافات بين الرأي والسفه إذ قد لا يعمل بمقتضي رأيه.

وعلى ما لـ«عب» والخَرَشِي إن لم يكن للسفيه ولي، وجبر ابنته على النكاح فإنه يجري على الخلاف الآتي في تصرف السفيه قبل الحجر هل هو نافذ أو لا؟ والأب المجنون كالسفيه فيجري ابنته وأبيه ثم إن الأب له الجبر على ثلاثة من بناته المجنونة والبكر والثيب. أن صغيرة أو تثيبت بعارض.

وقد أشار للأولي بقوله:

• ص:

مجنونة.

• ش:

هذا مفعول (جبر) المتقدم يعني: أن الأب له جبر ابنته المجنونة المطبقة ولو شيئا ولو كان لها ولد رشيد، لا من تفيق أحيانا فتنظر إفاقتها إن كانت ثيبا بالغا لتأذن.

وكذلك الحاكم له جبر المجنونة البالغة إن لم يكن لها أب.

وأشار للثانية بقوله:

• ص:

ولبكر أو إن مسنة.

• ش:

يعني: أن الأب له جبر ابنته البكر ولو كانت مسنة بلغت ستين سنة فأكثر وهي العانس. وقيل: لا جبر له على العانس؛ لأنها لما عنست صارت كالثيب ومنشأ الخلاف هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة أو الجهل بمصالح النساء

وهي مفقودة.

و(بكر) عطف على (مجنونة) ثم محل الجبر في البكر ما لم يرشدها أبوها وما لم تقم سنة ببيت الزوج كما أشار لذلك تقوله:

● ص:

ما لم ترشد بالغة وتقم سنة ببيت الزوج وإن أنكرت.

● ش:

أي: إن محل جبر الأب للبكر ما لم تكن بالغة رشدها أبوها، ولو قبل بلوغها، وما لم تقسم سنة ببيت الزوج فإن كانت بالغة ورشدها أبوها لما قام بها من حسن التصرف بأن قال لها ولو قبل بلوغها: أمرك لك أو رشدك أو أطلقت يدك أو رفعت الجبر عنك، فلا جبر له عليها.

ولا بد أن تأذن بالقول فمعني ترشيد الأب أنه: يطلق الجبر عنها.

وكذا إذا قامت سنة بعد بلوغها ببيت زوجها الذي دخل بها فيه، ثم تأيمت وهي بكر فلا جبر له عليها وإن أنكرت المس بعد فراقها حيث أمكنت الخلوة تنزيلا لإقامتها ببيت الزوج سنة منزلة الثيوبة.

وبعبارة: إذا قامت ببيت زوجها سنة من بلوغها ثم فارقها قبل المس فلا جبر لأبيها عليها؛ لأن إقامة السنة توجب تكميل الصداق على الزوج بمنزلة الوطء.

وقوله: (وإن أنكرت المس) يفهم منه أنها إذا أقرت بالمس فلا جبر له عليها بالأولي سواء صدقها الزوج أو كذبها.

ومفهوم (سنة) أنها إن قامت أقل من سنة كان له الجبر عليها وهو كذلك وقوله: (بالغة) نائب فاعل (ترشد) وليس حالا؛ لأنه يقتضي أنه لا يعتبر ترشيدها إلا حال البلوغ وليس كذلك؛ لأنه يعتبر ولو قبل البلوغ كما عرفت فالمراد في عدم الجبر على بلوغها وقت التزويج. وعلى ترشيدها مطلقا قبل البلوغ أو بعده وقيل: لا تعتبر البلوغ الترشيد إلا بعد البلوغ.

والحاصل أنه إذا انتفي البلوغ والترشد وإقامة السنة ببيت الزوج كان له جبرها. وإذا حصل الترشد والبلوغ أو إقامة السنة فلا جبر.

وإذا وجد الترشيد فقط أو البلوغ فقط كان له الجبر كإقامة سنة بلا بلوغ فعلم مما تقرر أن قوله: (ولم تقم سنة) عطف على قوله: (لم ترشد) أي له جبر البكر مدة عام ترشيدها وعدم إقامتها سنة.

واعلم أن قيد عدم الضرر معتبر في الأب كالسيد فلا يجبرها على تزويجها فخصي أو مجبوب أو ذي عاهة كمجنون ومجزم وأبرص وعنين ومعترض ونحو ذلك مما يرد به شرعا ولو كانت معيبة بمثل عيب الزوج؛ لأنها قد تبرئ.

ثم أشار للثالثة بقوله:

● ص:

وثيبا صغرت أو بعارض وحرام ولو تكرر.

● ش:

عطف على (مجنونة) يعني: أن الأب له جبر ابنته الثيب بنكاح صحيح إذا كانت صحيحة صغيرة لم تبلغ بأن أزال الزوج بكارتها ثم نامت قبل البلوغ وإنما كان له جبرها؛ لأنها في حكم البكر ولا عبرة بثيوبتها في هذه الحالة.

وكذا يجبر الأب ابنته إن بلغت وثيبت بعارض كعود دخل فيها أو وثبة أو ضربة ونحو ذلك فيجبرها ولو عاشا وكذا له جبرها إذا ثيبت بوطء حرام كزنى أو غصب ولو ولدت منه ولو تكرر منها الزنى في زال جلباب الحياء عن وجهها على أرجح التأويلين في الأصل.

والثاني: أنه لا جبر له عليها إذا تكرر منها الزنى حتى خلعت جلباب الحياء عن وجهها، وإذا ولدت من الزنى أو الغصب فالجبر للأب لا لابنها من الزنى أو الغصب.

وقوله: (أو بعارض) فيه حذف، يعلم مما قبله. أي: أو كبرت وثيب بعارض. و(حرام) عطف على (عارض).

● ص:

لا بفاسد وراء الحد وإن سفيهه.

● ش:

عطف على قوله: (أو بعارض) فخرج من حكمه البكر البالغ إذا أذيلت بكارتها

بنكاح فاسد ولو جمعا على فساده فلا يجبرها الأب إذا طلقها زوجها أو مات عنها أو فسخ نكاحها. وهذا إن درأ الفاسد الحد لشبهة وإلا فله جبرها الحاقا له بالزنى وتعتد في النكاح الفاسد ببيته الذي كانت تسكنه قبل فراقه وإذا لم يجبرها إذا ثيبت بالفاسد فأولي إذا ثيبت بالنكاح الصحيح.

وقوله: (وإن سفيهته) مبالغة في عدم الجبر يعني: أنها إذا ثيبت بفاسد فلا جبر للأب عليها، ولو كانت سفيه إذ لا يلزم من ولاية المال الجبر على النكاح.

ومثال الفاسد الذي يدرأ الحد أن يتزوجها محرم نسب أو رضاع أو صهر جاهل لمحرمتها أو يتزوجها رجل معه أربع زوجات جاهلا جوسة الخامسة لكونه حديث عهد بالإسلام.

ثم أشار للثالث من أقسام المجبر فقال:

● ص:

ثم الوصي وإن سفل كالأب.

● ش:

أي: ثم بعد المالك والأب الوصي وإن سفل كوصي الوصي وهكذا والوصي كالأب في الجبر سواء مات الأب أو كان حيا فيجبر من يجبره الأب وهو المجنونة والبكر ولو عانسا والثيب إن صغرت أو بعارض أو حرام لكن ليس له أن يزوج لغير كفؤ كفاسق ولا بدون صداق المثل فليس كالأب من كل وجه؛ ولذا قال «الش» في الشرح مع «المص»: كالأب في الجبر وإن كان ليس له أن يزوج لغير كفؤ ولا بد من صداق المثل لخلاف الأب.

ثم بالغ على كون الوصي كالأب في الجبر بقوله:

● ص:

وإن لم يأمره بالجبر ولا عين الزوج إن قال على النكاح أو البضع.

● ش:

يعني: أن الوصي له الجبر فيما يجبر فيه الأب وإن لم يأمره الأب بالإجبار ولا عين له الزوج على الراجح من الخلاف أن قال له: أنت وصي على نكاح ابنتي أو

بناتي أو على بعضها أو بعضهن.

وقيل: ليس له الجبر بل هو أحق من الأولياء في البكر البالغ بإذنها وهو كأحدهم في الثيب، فإن لم يقل له: أنت وصي على النكاح أو البضع فلا جبر له إلا إذا عين له الزوج أو أمره بالإجبار، فإذا عين له الزوج بأن قال: لها زوجها من فلان. فله جبرها عليه فقط دون غيره إن بذل مهر المثل، وسواء أطلق أو قيد كزوجها منه إذا بلغت أو بعد كذا من السنين. ولا عبرة بتعين الزوج الفاسد كثريب.

وكذا له الجبر إذ أمره بالإجبار بأن قال له: أجبرها وما في معناه ولو ضمنا كما لو قال له: زوجها قبل البلوغ وبعده أو على أي حالة ثيبت فله جبرها إذا قال له: زوجها أو أنكحها ممن أحببت أو لمن ترضاه. والبُضع بضم فكون جمعه أبضاع كقفل وأقفال يطلق على الفرج وعلى الجماع وعلى التزويج.

تنبيه:

إذا عين زوجًا لا زوجة له ولا سرية فحدثت له أزواج أو سراري فيجبرها الوصي على زواجه يلزم الوصي ذلك إذا امتنع وإذا طرأ عليه الفسق فلا تجبر على زواجه.

● **ص:**

لا بنات أو بعضهن.

● **ش:**

أي: لا جبر للوصي إذا قال الأب: أنت وصي على بناتي أو بعضهن بدون ذكر زواج أو بضع.

أما إذا قال: على زواج بناتي أو بعضهن فله الجبر كما سبق.

أما إذا قال: وهي فقط أوصي على مالي أو ضعف فلا جبر له اتفاقًا.

● **ص:**

وهو في الثيب البالغ ولي وقدم إن سفهت على غيره.

● **ش:**

جميع ما تقدم في وصي البكر وما هنا في وصي الثيب، والمعنى: أن الوصي على النكاح ولي في الثيب البالغ كأحد أوليائها لا يزوجها إلا برضاها بلا جبر

عليها، وهو في رتبة الأب في الرشيدة فيكون بعد الابن على ما يأتي.

وإن كانت سفيهة فإنه يقدم على غيره من الأولياء كما أشار له بقوله: (وقدم إن سفهت على غيره) والجار والمجرور متعلق بقدم؛ أي: وقدم الوصي على غيره (إن سفهت) أي كانت سفيهة فإن زوجها غيره من الأولياء صح كما إذا زوج الوصي الرشيدة مع وجود ابنها لصحة عقد الأبعد مع وجود الأقرب.

● ص:

ثم لا جبر بل تزوج إلا البالغة أو يتيمة خسيس فسادها ولو بفقراء ولم تأذن.

● ش:

أي: ثم بعد السيد والأب ووصيه لا جبر لأحد من الأولياء على أحد من النساء ولو يتيمة تحت حجره بل لا تزوج إلا البالغة بإذنها ورضاها سواء كانت البالغ بكرا أو ثيبا لكن الثيب تعرب عن نفسها والبكر يكفي صمتها كما يأتي.

وللصغيرة يتيمة خيف عليها الفساد بزنى بل ولو بفقر نفقة فتزوج.

وبعبارة: لا جبر بعد السيد والأب والوصي وحينئذ فلا تزوج غير البالغ إلا يتيمة خيف فسادها في الدين بأن يتردد عليها أهل الفسوق أو تردد هي عليهم أو تكون بجوارهم حتى تستطيع بطباعهم وتميل إلى الهوى.

أو خيف ضياعها في الدنيا لفقرها وقلة الإنفاق عليها أو خيف ضياع مالها وخشية الفساد شاملة لجميع ذلك.

ولما قال الأصل (إلا يتيمة خيف فسادها) قال «دك» أي فسادها لها بفقر أو زنى أو عدم حام شرعي أو ضياع مال أو دين. اهـ.

فعلم من ذلك أن خشية فساد مالها بعدم التزويج تسوغ تزويجها، وأما إذا كانت فقيرة ووجدت من يتبرع عليها بالنفقة فهل يباح تزويجها؛ لأنه بذلك تلحقها المنة وله الرجوع عليها أو لا يباح محل توقف.

وقوله: (أو لم تأذن) في حيز المبالغة أي: أن اليتيمة إذا خيف فسادها تزوج، ولو لم تأذن فتجبر على النكاح على ما ارتضاه المتأخرون، ولا يشترط بلوغ عشر ولا غيره متى خيف عليها الفساد.

● ص:

والأصح إن دخل وطال.

● ش:

هذا مفهوم قوله: (خيف فسادها) أي: وإلا بأن زوجت بدون خشية الفساد صح النكاح إن دخل الزوج بها وطال أمر النكاح لثلاث سنين أو ولادة ولادين غير تؤمين.

فإذا لم يدخل أو لم يطل فسخ على المشهور.

وقال أبو الحسن: يفسخ أبدا وشهره.

ففي المسألة خلاف في التشهير.

● ص:

ووجب مشاورة القاضي والأصح ولو لم يطل.

● ش:

يعني: أنه إذا أريد تزويج اليتيمة لخشية الفساد فإنه يجب مشورة القاضي الذي يري ذلك ولو لم يكن مالكيا ليثبت عنده خشية الفساد وأنها خلية من زوج وعدة وغيرهما من الموانع الشرعية ورضاها بالزوج وأنه كفؤها في الدين والحرية والنسب والمال وأن الصداق مهر مثلها وأن الجهاز الذي جهزت به مناسب لها.

فإذا ثبت عنده ما ذكر أذن للولي في تزويجها ولا يتولى العقد بنفسه مع وجود أحد من الأولياء فإن لم يوجد حاكم أو كان من الجبارين المفسدين في الأرض كفي جماعة المسلمين كما قال «دك».

وإذا وجد القاضي العدل وزوجها وليها بالشروط المذكورة بدون مشورة القاضي صح النكاح ولو لم يطل فمشورة القاضي واجب غير شرط.

وقيل: مستحسنة لثبوت الواجبات ورفع المنازعات قال«دص» والحق أن إذنها صمتها كغيرها خلافا لمن قال: لا بد أن تأذن بالقول. اهـ. وقد علمت أن المعول عليه جبرها فاستئذانها مندوب.

ولما فرغ من الكلام على الولي المجبر شرع في تفصيل غير المجبر فقال:

● ص:

والعصبة كالولاء وإمامة الجنازة لا الميراث.

● ش:

(العصبة) مبتدأ خبره (ابن) الآتي وما عطف عليه وقوله: (كالولاء) أي: كميراث الولاء من المعتق لا الميراث به؛ لأن الميراث به كغيره من أنواع الإرث والمراد بـ (العصبة) عصبة غير المجبرة فهذا تفصيل لقوله: (ثم إلا جبر بل لا تتزوج إلا البالغ) فالكلام في الأولياء غير المجبرين.

والمعني أن العصبة في باب النكاح هم الابن وما بعده على الترتيب الآتي وكذا العصبة في باب ميراث الولاء من المعتق بالفتح كعصبة النكاح.

وكذا العصبة في إمامة الصلاة على الجنازة كعصبة النكاح.

والحاصل: أن ترتيب العصبة في النكاح والولاء والصلاة على الجنائز واحد فيجري على هذا الترتيب الآتي.

وكذا غسل الجنازة فجميع ذلك يقدم فيه الأخ وابنه على الجد.

وأما العصبة في الميراث فليست كذلك؛ لأن الجد فيه قبل ابن الأخ، وما أحسن قول «عج» بغسل.

وأيضا ولا جنازة نكاح أخا، وابنا على الجد قدم وعقل وسطه بباب حضانة وسوه مع إلا باقي الإرث والدم.

وقوله: (بغسل) متعلق بـ(قدم) أي قدم الأخ وابن الأخ على الجد في نغسل الميت وإلا يصالح والمراد بالإيصاء ما إذا أوصي لأقرب عصبته فيقدم الأخ وابنه على الجد.

والمراد بـ(العقل) تكميل عدد عاقلة الجاني.

والمراد بـ(الولاء) ميراثه من المعتق كما مر لا الميراث به فكغير من أنواع الإرث.

والمراد بـ(الدم) استيفاؤه من الجاني.

والمراد بـ(الا) أبا ابنا الأخوة وهم الأخوة.

ثم شرع في بيان العصبة ترتيبها في هذه المواضع فقال:

• ص:

ابن وإن سفل فأب فأخ فابنه فجد أدني فعم أدني فابنه فأب الجد فعم الأب وهكذا يقدم الأهل على فرعه والفرع على أصل أصله.

• ش:

يعني: أن العصبة في غيره المجبرة هي الابن وما بعده وكذا في الولاء وإمامة الجنازة فإذا اجتمع أولياء غير مجبرين فيقدم الابن ولو من زنى على الأب ثم ابن الابن وإن سفل.

فإن عقد الأب مع وجود الابن صح النكاح فإن كانت فالأب مقدم على الابن كما مر في ابن المجنونة والزانية فإن لم يكن لها ابن ولا ابن ابن فأبوها هو الذي يتولى عقد نكاحها فإن لم يكن لها أخ فابن أخيها وإن سفل.

فإن لم يكن لها ابن أخ فجدها الأدنى وهو أبو أبيها مرتبته بعد الأخ وابنه كالولاء والصلاة على الجنازة بخلاف الفرائض كما مر.

فإن لم يكن لها جد أدني فعمها الأدنى وهو أخو أبيها فإن لم يكن عم فابن عمها وإن سفل ثم أبو جدها ثم عم أبيها ثم ابن عم أبيها وإن سفل ثم جد جدها.

وهكذا يقدم الأصل على أبي الجد وهو جد الجد على فرعه كعم الجد والفرع كعم الجد يقدم على أصل أصله كأبي أبي أبي الجد وهو جد أبي الجد وهذا الترتيب جار على ما للأصل وهو المشهور.

ومقابلة قول المغيرة يقدم الجد على الأخ وابنه؛ لأنه أب ولكن الأصل أجمل القول.

المشهور بإطلاقه الجد والعم حتى وقع لنحو الخَرَشِي الخلل بتخليط المراتب وإسقاط بعضها وقبل الجد وإن علا قيل العم. أفاده «الش».

وقوله: (حتى وقع... إلخ) مفرع على إجمال الأصل.

وقوله: (وقيل: الجد... إلخ) عطف على (وقع) فهو من المفرغ على إجمال الأصل فليس قوله: (وبخيل) مقابل للأصل كما قد يتوهم.

وقائل هذا القول أعني: أن الجد وإن علا قبل العم؛ هو الشيخ شمس الدين

التتائي. اغترارا بظاهر الأصل. وقد تعقبه «عبق».

وقوله: (فأب) المراد به الأب شرعا لا مطلق من خلق من مائة؛ لأن الأب الزاني لا عبرة به.

والمراد بـ(الأخ) الأخ للأب.

وكذا المراد بـ(العم) العم للأب.

وقوله: (فعم الأب) أي فأبنه وإن نقل.

● ص:

وقدم الشقيق.

● ش:

يعني: أن الأخ الشقيق يقدم على الأخ للأب، وابن الأخ الشقيق يقدم على ابن الأخ للأب، والعم الشقيق يقدم على العم للأب، وابن العم الشقيق يقدم على ابن العم للأب؛ لقوة الشقيق على الذي للأب.

وأما الأخ للأم فخارج عن العصبة كالجد للأم فليس لهما كلام إلا من باب ولاية الإسلام.

وروي علي بن زياد عن مالك: إذا زوج الأخ للابن مضى والأولى تقديم الأفضل عند التساوي في الرتبة. وإن تنازع متساوون في الرتبة والفضل كأخوة كلهم علما نظر الحاكم في من يقدمه إن كان هناك حاكم وإلا أقرع بينهم.

● ص:

ثم معتق ثم هل عتيق أولا مدخل له هنا قولان.

● ش:

أي: أنها إذا فقدت عصبة النسب فالولي المولي الأعلى، وهو المعتق لها، أو عصبته ثم من أعتق نصفها، وإن علا، ثم معتق أبيها وإن علا، ثم معتق جدها وإن علا.

ثم هل بعد المولي الأعلى المولي الأسفل وهو من أعتقته المرأة أو لا مدخل له هنا أصلا؟ قولان والثاني هو القياس؛ لأن الولاية هنا تستحق بالتعصيب وهو غير عاصب.

● **ص:**

ثم كافل زمن يشفق عادة وهل يقتصر على الدنية وهو ظاهرها أو حتى الشريفة خلاف.

● **ش:**

(كافل) مضاف لـ(زمن) والإضافة على معنى في يعني: أنه لم يكن لها مولي فالذي له الولاية عليها هو الكافل الذكر وهو القائم بأمورها وترتيبتها حتى بلغت عنده أو لم تبلغ وخيف عليها الفساد على ما مر.

وسواء كان الكافل ممن يستحق الحضانة عليها أو أجنبيا منها وسواء كان أبوها ميتا أو غائبا على ما في «خ».

ومحل ولاية الكافل عليها إن كفلها (زمنا يشفق فيه عادة) أي: يحصل فيه الشفقة والحنان عليها عادة ولا بل من ظهور الشفقة عليها بالفعل أي فوليها الحاكم.

ثم إن تحديد زمن الكفالة بما يشفق فيه عادة هو الأظهر من التردد الذي ذكره الأصل في جده من أنه عشرة أعوام أو أربعة أو هل ما يشفق فيه؟ وهل يقتصر في ولاية الكافل على المكفولة الدنية؟ وهي التي لا قدر لها ولا وبال فلا ولاية له على الشريعة، وإنما يزوجها الحاكم أو جماعة المسلمين والكافل كأحدهم وهو ظاهر المدونة.

أو لا يقتصر على الدنية بل له الولاية حتى على المكفولة الشريفة خلاف.
والمعتمد ظاهرها فشرط ولاية الكافل أمران مضي زمن يشفق فيه ودنائتها.

تنبيه:

إذا مات زوج المكفولة أو طلقها هل تعود ولاية الكافل أو لا؟ ثالثها: إن كان فاضلا، رابعها: إن عادت لكفالته.

● **ص:**

ثم حاكم ثم الولاية العامة لكل مسلم.

● **ش:**

أي: فإن لم يكن أحد ممن تقدم من الأولياء فيزوجها الحاكم بإذنها بعد أن يثبت

عنده صحتها وأنها غير محزنة ولا محرمة عليه وأنها بالغة حرة وأنها خلية من زوج وعدة وأنه لا ولي لها أو عضلها أو غاب عنها غيبة بعيدة ورضاها بالزوج وأنه كفؤ في الدين والحرية والنسب والحال[١] والمال والصداق وأنه مهر مثلها في غير المالكة[٢] أو نفسها.

وأما الرشيدة فلها إسقاط الكفاية والرضا بدون مهر المثل وبكارتها وثيوبتها وإن كانت غير بالغة فيثبت عند مخشية فسادها فإن زوجها بدون إثبات هذه الأمور فاستظهر بعضهم الإمضاء ثم أن وجد ما يناقض ذلك عمل به[٣] وألا فلا.

والمراد بالحاكم السلطان أو القاضي أن كان لا يأخذ دراهم على تولية العقد وألا فعدم فإن لم يوجد احد ممن تقدم زوجت بالولاية[٤] العامة لكل مسلم فلا يختص بها شخص دون آخر بل لكل احد فيها مدخل لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة:٧١].

وسواء كانت المرأة شريفة[٥] أو دنيئة[٦] فيتولى عقد نكاحها أي فرد من المسلمين بإذنها حيث علم خلوها من موانع النكاح ودخل في ذلك الزوج فيتولى الطرفين كما يأتي.

والخال والجد للأم والأخ لأم من أهل الولاية العامة فيزوجها أحدهم بإذنها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والحال) أي: السلامة من العيوب ولو من غير ما يوجب الخيار، وقيل: أن المراد مساواته لها فيما هي عليه من صفات الكمال. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في غير المالكة) أي: واثبات الكفاءة في الأمور المذكورة إنما يحتاج له في غير المالكة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عمل به) يعني لو عند الحاكم من غير بحث عن هذه صح ما لم يثبت ما يبطل العقد. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالولاية) بالفتح في القرابة والعتق وبالكسر في الإمارة. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (شريفة) أي: ذات جمال ومال ونسب وحسب وهو يعد مفاخر الأباء فالصلاح الكرم. اهـ.

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو دنيئة) كأن تكون سوداء وفقيرة أو معتقة أو غير ارث نسب ولا حسب. اهـ.

● **ص:**

وان تولى غير المجبر مع وجوده فسخ في الأنثى أبداً ولو أجازه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا تولى عقد نكاح امرأة شخص غير مجبر لها مع وجود مجبرها من سيد أو أب أو وصي فإنه يفسخ نكاحها أبدًا متي اطلع عليه ولو ولدت الأولاد ولو بعد مائة سنة ولو أجازه المجبر ولا بد من استئناف عقدها بعد الفسخ إن أراد معاشرتها.

والفسخ في الأنثى المجبرة مطلقًا سواء كانت شريفة أو دنيئة كأن تولى عقدها من أوليائها أو أجنبيا إلا ما يأتي من أنه إذا أجاز المجبر عقد من فوض له أموره من الأولياء كابن وجد وأخ يمضي ذلك العقد ولا يفسخ إذا ثبت تفويضه له ببينة ولم يبعد ما بين العقد والإجازة.

وقوله: (وإن تولى غير المجبر)؛ أي: تولى عقد أنثى مجبرة أو ذكر مجبر كالرقيق والصبي لكن الأنثى يفسخ نكاحها أبدًا ولو أجاز المجبر.

وأما نكاح الذكر فموقوف على إجازة المجبر فإن أجازه مضي وألا فسخ هذا إذا تولى عقدها مع وجود المجبر، وأما إن تولى العقد مع وجود غير المجبر فأشار له بقوله:

● **ص:**

وصح[(١)] بأبعد[(٢)] مع أقرب.

● **ش:**

يعني: أنه إذا وجد للمرأه أولياء أقرب وأبعد وعقد لها ولي أبعد مع وجود الولي الأقرب كعم مع أخ وأب مع ابن وكغير شقيق مع شقيق فإن النكاح يصح بالأبعد[(٣)]

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وصح) أي: مراعاة للقول بندب الترتيب المتقدم أو أن الوجوب غير شرط. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بأبعد... إلخ) الباء بمعنى من نحو شربن بماء البحر ويصح جعلها للتعدية على تقدير مضاف؛ أي: بإنكاح أبعد. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يصح بالأبعد) أي: ولو كان ذلك الأبعد هو الحاكم، واعلم أن المراد بالابعد المؤخر عن الآخر في المرتبة وبالأقرب المتقدم عليه في الرتبة. اهـ.

مع الأقرب.

ولا يفسخ بحال سواء كانت المرأة شريفة أو دنيئة دخل بها أولا بشرط أن يكون الأقرب غير مجبر كما مثلنا وإلا فسخ أبدًا ولو أجازه المجبر كما سبق ولا يجوز للأبعد تولى العقد مع وجود الأقرب كما في الأصل وهو مبني على أن ترتيب العصبة السابق واجب غير شرط[١].

وقال بعضهم: بل يجوازه ابتداء غايته أنه مكروه أو خلاف الأولى ورجح وهذا الثاني مبني على أن الترتيب المتقدم على سبيل الأجنبية والنكاح صحيح على كلا القولين.

وبعام مع خاص في (دنيئة) عطف على قوله: (بأبعد)؛ أي: وصح النكاح أيضًا بولاية عام[٢] مع وجود ولي خاص[٣] لم يجبر في امرأة دنيئة كمعتقة ومسلمانية وفقيرة سوداء[٤] غير ذات نسب ولا حسب.

والظاهر: أنها إن عدمت النسب والحسب فدنيئة ولو كانت جميلة ذات مال قاله «دك».

والمراد بالعام من له الولاية العامة وهي ولاية الإسلام وقولنا: (صح)؛ أي: مطلقا طال الزمن أولا دخل بها الزوج أولا؛ لأن الدنيئة لا يلحقها بذلك معرة لدنائيتها وعدم الإلتفات إليها فإن وجد المجبر لم يصح في شريفة ولا دنيئة.

قال «دص»: والدنيئة هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب؛ فالخالية من النسب بنت الزنى أو الشبهة أو المعتوقة من الجواري والحسب هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها من محاسن الأخلاق.

فالغنية ذات الجمال ليست بدنيئة وإن لم يكن لها حسب ولا نسب والنسبية

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (واجب غير شرط) أي: وإلا لفسخ. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بولاية عام) أي: وهي ولاية الإسلام. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولي خاص) أي: بنسب أو ولاء أو ولاية. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (سوداء) قال مالك: المراد بالسوداء من القبط يقدمون من مصر إلى المدينة وهم سود؛ أي: لأكل سوداء. اهـ.

وإن كانت فقيرة أو قبيحة ليست بدنيئة بل كل من اتصفت بصفتين من هذه الصفات الأربع فشريفة بل وبصفة فقط على ما قاله بعضهم: نعم الوقفة في قوم فقرًا شانهم أن يكونوا خدمة للناس ولا ديانة عندهم ولا صيانة. فهم وإن عرف نسبهم إلا أنهم لعدم دنائتهم وصيانتهم وكونهم مسخرين تحت أيدي الناس لا يلتفت إليهم.

والظاهر: دنائتهم وبقي الكلام في الجواز هل لا يجوز للمطلق مسلم أن يتولى عقد نكاح الدنيئة مع وجود كأبيها؟ ونص عليه بعض بالشراح ورجح قول الشيخ ولم يعتمد لهذه المسألة أيضًا أو يجوز.

قال بعضهم: وهو نص المدونة وابن عرفة وابن فتوح وغيرهم وجعلة المذهب. اهـ.

ومراده بالشراح؛ شراح الأصل، والمراد بالشيخ؛ الشيخ خليل صاحب الأصل، وفي بعض العبادات أنه ليس كل أسود دنيئ بل البعض دنيئ والبعض جميل وهو الحق.

ثم شبه في الصحة قول:

● ص:

كشريفة دخل وطال والأخير الخاص وهل ولو طال قبل الدخول أو يتحتم الفسخ ورجح خلاف.

● ش:

أي: وكذا يصح النكاح بولاية عامة مسلم في امرأة شريفة ذات مال وجمال وحسب ونسب مع وجود ولي خاص لم يخبر أن دخل بها الزوج وطال بأن مضى لها قدر ثلاث سنين فأكثر أو ولدت ولدين غير توأمين كما أفاده الشيخ العدوي.

وحمل ما في الخرشي وغيره من عدم كفاية للولدين على التوامين، وأما أن لم يدخل ويطل بأن دخل ولم يطل أو لم يدخل طال أم لا، فانه يخبر الولي الخاص بين الفسخ والإمضاء فهو صحيح موقوف على الإجازة فإن أجازه ثبت وإن رده فسخ هذا معني قوله: (والأخير الخاص)؛ أي: وألا يدخل ويطل خير الولي الخاص في الإجازة والرد فهو مفهوم دخل وطال وهل الخيار ثابت للولي مطلقا ولو طال الزمان

بعد العقد وقبل الدخول أو يتحتم الفسخ حيث طال قبل الدخول ولا خيار له في ذلك؟ خلاف والراجح الثاني فتحصل أنه إذا دخل وطال ثبت النكاح وإن لم يدخل فسخ ولو طال وإن دخل ولم يطل بعد الدخول ولا قبله.

فالخيار للولي الخاص وان طال قبل الدخول فخلاف قيل: يخير الخاص. وقيل: يتحتم الفسخ والطول قبل الدخول بالعرف. فإن عدم الولي الخاص أو غاب غيبة بعيدة على ثلاثة أيام فأكثر فالخيار في ذلك للحاكم فإن غاب غيبة قريبة كتب إليه الحاكم[1] ويوقف الزوج عنها.

تنبيه:

لا يجوز لمن له الولاية العامة أن يتولى عقد امرأة شريفة مع وجود وليها الخاص ويعاقب الزوج والزوجة والشهود كما قال البدر.

● ص:

والأولى لأحد المتساويين إعلام صاحبه فإن خليا عن مرجح وتنازعوا عقدوا معا ونظر الحاكم أن عين كل زوجا.

● ش:

يعني: أن الوليين غير المجبرين المتساويين في الدرجة كمعتقين أو اخوين أو عمين شقيقين أو لأب أو ابنين إذا أراد أحدهما أن يزوج وليتهما فالأولى له إعلام صاحبه من غير وجوب عليه فإن لم يعلمه صح النكاح.

وأما المجبران كوصيين أو شريكين في أمة فلا بد من الفسخ وإن أجاز الآخر وان تنازع المتساويان غير المجبرين في تولي العقد فإن ترجح أحدهما على الآخر بمرجح كعلم وحلم وصلاح فهو الذي يتولى العقد وإن خليا معا عن المرجح عقدا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كتب إليه الحاكم... إلخ) فإن كتب إليه وامضي النكاح أو ورد في الأمر ظاهر وإن قال: لا علاقة لي أو لا أتكلم في هذه برد ولا إمضاء، فاستظهر أنه ينتقل الخيار للحاكم دون الأبعد واستظهر بعضهم أنه إذا قال: لا علاقة لي. فقد صار كالعدم، فينتقل الحق للأبعد فإن سكت عنه مع حضوره له فهو إقرار وليس للحاكم كلام فلو يكن لها ولي وعقد شخص من المسلمين مع وجود الحاكم فالحاكم أيضًا والرد؛ لأنه ولي خاص. اهـ.

معا بأن يقولا معا: زوجناك أو أنكحناك فلانة.

وتصح القرعة أيضًا وإن عين كل منهما زوجا غير الذي عينه الآخر نظر الحاكم فيمن هو الأولى منهما لكن أن لم تعين المرأة أحد الزوجين وألا تعين ما عينته ورضيت به.

ولما كان غير المجبر يحتاج إلى إذن وليته ذكر ما يكون إذنا منها مقسما لها إلى بكر وثيب فقال:

● **ص:**

ولا يعقد غير المجبر إلا بإذنها.

● **ش:**

يعني: أن الولي الغير المجبر لا يعقد على المرأة إلا بإذنها ولو رضيت بالخطبة قبل ذلك أن الخطبة غير لازمة فلها الرجوع عن الخاطب فإن خالف وعقد عليها بغير إذنها جري على الأقيتات الآتي وكلام «المص» في غير المجبرة مطلقا سواء مات أبوها أو فقد أو أسر أو غاب غيبة بعيدة والصمت كاف فيه ولو من ثيب حضرت.

قوله: (فيه) أي: في الإذن للولي في العقد يعني: أن غير المجبرة لا بد من استئذانها في العقد عليها، ولا يشترط نطقها بل صمتها كاف فإذا قيل لها: هل تفوضين العقد لفلان أو نشهد عليك أنك قد فوضت العقد له أو آذنت له في العقد؟ فسكتت فإنه يكفي صمتها ولا تكلف النطق بذلك لما جبل عليه أكثرهن من الامتناع من النطق لما يلحقها به من الحياء، ولئلا تنسب في ذلك إلى الميل للرجال وصمتها كاف إن كانت بكرًا[1] بل ولو كانت ثيبا أن حضرت مجلس العقد ويكفي

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (صمتها كافٍ إن كانت بكرا) أي: سواء كانت غائبة عن مجلس العقد أو حاضرة فيه، والموضوع إنها بكر وأما الثيب فلا يكفي سكوتها في التفويض للولي في العقد إلا إذا كانت حاضرة، وأما إن كانت غائبة فلا بد من نطقها وهذا مذهب ابن القاسم، وقال ابن حبيب: يكفي صمت الثيب في الأذن للولي حضرت أو غابت فهي كالبكر في ذلك، وإنما يختلفان في تعيين الزوج والصداق ففي البكر يكفي الصمت وأما الثيب فلا بد فيها من النطق. اهـ.

أن تكون في أعلى الحريم والعقد أسفل الدار مثلا، كما استظهره «حش».

فقوله: (حضرت) شرط في كفاية الصمت من الثيب، وقوله فيما يأتي: (والأيم تعرب)؛ أي: في تعيين الزوج والصداق، وأما إذنها للولي في العقد فيكفي فيه الصمت، وأما أن غابت عن مجلس العقد فلا يكفي فيه الصمت ولا بد من إعرابها بالقول.

وبعبارة: إذنها لوليها في العقد يكفي فيه الصمت ولا يشترط فيه النطق ولو ثيبا وهذا إذا كانت المخطوبة حاضرة في المجلس وإلا فلا بد من نطقها إن كانت ثيبا ورضى البكر صمت حضرت أو غابت.

كفى الزوج والمهر من بكر هذا تشبيه في كفاية الصمت؛ أي: وكذا يكفي الصمت في تعيين الزوج والصداق إذا كان من بكر، وأما الثيب فتعرب عن نفسها فيهما كما يأتي، فإذا قيل للبكر: نزوجك من فلان على مهر قدره كذا على أن الذي يتولى العقد فلان فصمتت فصمتها رضى وإذن منها في ذلك فلا تكلف للنطق ولا تعذر بجهل؛ يعني: أن البكر إذا استأذنت في العقد والزوج والمهر فصمتت فإن صمتها رضى ويلزمها العقد ولا يقبل منها بعد العقد دعوى جهلها بأن صمتها رضي لشهرة ذلك عند جميع الناس فلا تعذر بالجهل ولو عرفت بالبلادة خلافا لعبد الحميد[1].

والظاهر: أن قوله: (لا تعذر بجهل) شامل للبكر في الإذن في العقد والزوج

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لعبد الحميد) فإنه يقول: تقبل دعوى الجهل إذا عرفت بالبله بفتح الباء واللام وهو قلة المعرفة.

تنبيه: هذه المسألة ذات اقوال ثلاثة، والحاصل أنه إذا قيل: لها فلان يريد أن يتزوجك وجعل لك من الصداق كذا فسكتت فقيل لها: هل تفوضين لفلان في العقد؟ فسكتت فعقد لها فلان على ذلك الرجل بالصداق الذي سمي لها فبعد العقد أدعت إنها لم ترضي بذلك الزوج أو الصداق أو الولي الذي عقد لها وادعت أنها تجهل أن الصمت رضا فلا تقبل دعواها وتم النكاح وهذا عند الأكثر، وتأويل الأقل أنه يقبل دعواها أنها تجهل أن الصمت رضا وهو مبني على وجوب إعلامها به، وقال عبد الحميد: إن عرفت بالبله وقلة المعرفة قبلت دعواها الجهل وإلا فلا تقبل دعواها فالأقوال ثلاثة كما عرفت. اهـ.

والمهـر وشامل للثيب في خصوص الإذن فـي العقد ولكن ظاهر «خ» وغيره أن ذلك في الـبكر خـاصة وظـاهر «المـص» كذلك، ونـدب أعلامها بـأنه رضي؛ يعني: أنه يندب أعلام البـكر بأن صمتها رضىٰ وإذن منها بـأن يقال لها: أن فلانا خطبك علىٰ صداق قدره كذا الحال كـذا والمؤجل كذا فإن رضيني فاصمتي وإن كرهني فانطقي، وظاهره كأصله الاكتفاء بمرة ولابن شعبان ثلاثا،

ومثل البكر الثيب فيما يعـد فيه صمتها رضىٰ وهو الإذن في العقد كذا يظهر وإن خلاف الظـاهر مـن كلام «المص» و«خ» حـيث فرضـا الكلام في خـصوص الـبكر والضـمير في أنه راجع للـصمت وإن ضحـت أو بكت زوجت يـعني: أن البـكر إذا استأذنـت في الزوج أو المهـر فضحكت أو بكت فـإنها تـزوج؛ لأن الضحك دليل علىٰ رضاها مـا لـم تقم قرينـة علىٰ الضحك استـهزأ والألـم يعتبر وكـذا البكاء دليل عـلىٰ الرضـا حملا لبكـاها علىٰ فقد أبيهـا إذ تقول فـي نفسها لـو كان أبي حيـا لما احتجت إلىٰ ذلك ما لم تقم قرينته علىٰ أن بكاها منع وإلا لم يعتبر ولذا قيل: ينبغي إطالة الجلـوس[1] عندها حتـىٰ يتضح الأمر وممـا يدل علىٰ الرضـا الكنس والفرش وتحضير القهوة والشربات كما هو متعارف بمصر.

تنبيه:

إذا استئذنت فمنعت بأن قالت لا أتزوج ونحو ذلك أو نفرق بأن قامت أو غطت وجهها كـراهيـة لذلك فـإنها لا تـزوج، ذكره الأصل ولـم يذكـره «المص»؛ لأنه لا إشكـال في إنهـا إذا منعت أو نفـرق عنـد الاستئـذان لا تزوج وإلا لـذهبت فـائدة استئذانها.

● **ص:**

والأيم تُعرب.

● **ش:**

يعني: أن الأم غير المجبرة ولو سفيهـة تعرب أي تبين باللفظ عـما في نفسها من

---

(١) جـاء على هامش المخـطوط: قوله: (إطالة الجلوس) إلا عند الملك ويطيلون الجلوس عندها قليلا لئلا تهاب وتخجل في وقت دخولهما فتمتنع من المسارعة إلى الإنكار. اهـ.

رضا أو منع ولا يكتفي منها بالصمت فالمراد بالإعراب والإفصاح والبيان، ومعني ذلك إنها لا تأذن إلا بالقول.

وقوله: (تعرب) أي في تعيين الصداق والزوج[1] وأما إذنها في العقد فيكفي فيه الصمت إن حضرت كما مر وكذا ما بعدها من الأبكار كما في «خ».

وعبر بتعرب دون تنطق يتركًا بالحديث، وعبر بالأيم دون الثيب؛ لأن الأيم خاص بمن ثيبت بنكاح صحيح، والثيب شامل لمن يثبت بزنى مع إنها إذا ثيبت بزنى كانت باقية على الإجبار كما مر ولما شاركها في ذلك ستة أبكار أشار لهن بالتنبيه فقال: كبكر رشدت أو منعها الولي فتولى الحاكم العقد أو زوجت بمهر أو زوج ليس شأنها أو ذي عيب كأن عقد الولي بلا إذن.

لما قدم أن رضى البكر صمتها والثيب تعرب عما في ضميرها خشي أن تتوهم أن الصمت كافٍ في كل بكر وان والنطق خاص بالثيب فدفع ذلك بما ذكره هنا؛ ومعني ذلك أن هذه الأبكار الستة لا يكون رضاهن إلا بالنطق كالثيب وأسقط البكر اليتيمة؛ لأن المعتمد أن صمتها كافٍ كما تقدم:

الأولى: من الستة البكر البالغ المرشدة؛ أي: التي رشدها أبوها أو وصية ولو قبل بلوغها[2] لا بد من نطقها[3]؛ لأنه لما رشدها علم من ذلك إنها عارفة بمصالح نفسها وما يراد منها ففارقت غيرها وصار حكمها حينئذ حكم الثيب فإذا زوجها الأبعد مع وجود الأب مضى.

الثانية: البكر التي منعها الولي من أب أو غيره عضلا منه فرفعت أمرها للحاكم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في تعيين الصداق والزوج) أي: في الرضا بهما أو عدم الرضاء بهما أو بأحدهما. اهـ. قوله: (أي التي رشدها أبوها... إلخ) وهل للأب رد ترشيدها إلى ولايته، قولان ومحلها فيما يظهر ما لم يثبت موجب الرد أو عدمه وإلا اتفق على ما ثبت. اهـ. قوله: (ولو قبل بلوغها) صواب بعد بلوغها؛ لأن الذي لا يصلح إلا بعد البلوغ. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو قبل بلوغها) الصواب بعد بلوغها؛ لأن الذي لا يصح إلا بعد البلوغ. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلابد من نطقها) أي: بأنها راضية بذلك الزوج والصداق ولا يكون سكوتها إذنا منها. اهـ.

فتولى عقدها فلا بد من نطقها، وأما لو أمر الحاكم أباها بتزويجها بعد تحقق العضل منه فإنه يجبرها ولا يحتاج لإذنها.

الثالثة: بكر زوجت بمهر ليس من شأنها وهي غير مجبرة[١] كما إذا زوجت بعرض وهي من قوم لا يزوجون بالعروض[٢] أو يزوجون بعرض معلوم فزوجها غير المجبر بغيره فلا بد من نطقها[٣] بأن تقول: رضيت به. ولا تكفي الإشارة أما لو كانت مجبرة فلا تستأذن.

الرابعة: أن زوجت البكر بزوج ليس من شأنها كرق فلا بد من نطقها ولو مجبرة فلا يجبرها الأب على تزويجه لما في ذلك من المعرة سواء كان رق أبيها أو غيره فقوله: (ليس شأنها) راجع لقوله: (أو زوجت بمهر أو زوج) والأول كعرض والثاني كرق.

الخامسة: التي زوجت بذي عيب يوجب لها الخيار كمجنون وجذام وبرص فلا بد من نطقها[٤] بأن تقول: رضيت به. مثلا فإذا رضيت لزمها.

السادسة: المفتات عليها وهي غير مجبرة بأن عقد الولي عليها تعديا بلا إذن منها[٥] فإذا وصل لها الخبر ورضيت بذلك فلابد من رضاها ولا يكفي الصمت وإلى هذا أشار بقوله: (كأن عقد الولي بلا إذن) فهو تشبيه في أنه لا بد من إمضاها بالنطق.

ولما كان لصحة عقد[٦] المفتات عليها شروط أشار لها بقوله: (إن قرب رضاها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (غير مجبرة) أي: بأن كانت يتيمة لا أب لها ولا وصي. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا يزوجون بالعروض... إلخ) مفهومه إنها كانت من قوم يزوجون به أنه لا يحتاج لنطقها بل يكفي في رضاها الصادق صمتها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلا بد من نطقها) أي: بأنها راضية لكسب العرض؛ لأنها بائعة مشترية والبيع والشراء لا يلزم بالصمت. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلابد من نطقها) أي: بالرضاء به. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بلا أذن منها... إلخ) أي: في العقد ولو رضيت بالخطبة قبل ولم تأذن في العقد؛ لأن الخطبة غير لازمة لجواز الرجوع عنها فلا تكفي عن عرض العقد عليها والاستئذان فيه وتعيين الصداق. اهـ.

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لصحة عقد... إلخ) أي: إذا رضيت بعقد وليها عليها إفتياتا. اهـ.

بالبلد[1] ولم ترد قبله ولم يخبر بتعديه حال العقد ولم يتعد على الزوج أيضا) يعني: أنه يصح نكاح المفتات عليها بكرا أو ثيبا بشروط:

الأول: أن ترضي بالقول كما مر.

الثاني: أن يقرب رضاها من العقد بأن يكون العقد بالسوق أو بالمسجد مثلا ويصل إليها الخبر من وقته أو قبل مضي يوم فإن بعد فلا يصح وقبل يصح مع البعد واليوم بعد لا يصح معه الرضى على المعتمد وقبل اليومان[2] قرب وقيل: البعد ما فوق الثلاثة، قال «الش» وفي «بن»: جريان العمل بأن الثلاثة قرب.

الثالث: أن تكون التي أفتيت عليها بالبلد حال الافتيات والرضى فإن كانت في غيره لم يصح ولو قربا وأنهى الخبر إليها من وقته وإلى هذا الشرط والذي قبله أشار بقوله: (إن قرب رضاها بعد بالبلد).

الرابع: أن لا ترد النكاح قبل الرضى به فإن ردت قبل الرضا فلا عبرة برضاها بعد ولو قرب وإلى هنا أشار بقوله: (ولم ترد قبله)؛ أي: قبل الرضا.

الخامس: أن لا يخبر الولي بتعديه حال العقد بأن سكت أو ادعى أنه مأذون فإن أقر بالتعدي حال العقد لم يصح ويفسخ ولو قرب رضاها[3]، وفي البناني ما يفيد ترجيح القول بأن الإقرار بالتعدي حال العقد لا يضر.

السادس: أن لا يتعدى على الزوج أيضًا كما تعدى عليها فإن تعدي عليهما معا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالبلد) أي: الذي وقع فيه العقد افتياتًا ولو بَعُدَ طرفاه؛ لأنه لما كان البلد واحد نزل بعد الطرفين منزلة القرب بخلاف البلدين ولو تقاربا فإن شأنهما بعد المسافة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وقيل: اليومان قرب) وهو قول سحنون وعنه ما بين مصر والقلزم قريب وما بين مصر وإسكندرية أو أسوان بعيد وسبب هذا الخلاف هل الخيار الحكمي كالشرطي أم لا؟ أي: هل الخيار الذي جر إليه الحكم وهو الخيار الذي في المدة التي بين العقد ورضاها كالخيار الحاصل بالشرط وحينئذ فيفسخ النكاح ولا عبرة بذلك الرضا الواقع بعد اليوم أو ليس مثله. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو قرب رضاها... إلخ) والحاصل أن المفتات عليها سواء كانت بكرًا أو ثيبًا إنما يصح نكاحها إذا رضيت بذلك العقد وأن يكون رضاها قريبا زمنه من العقد وأن تكون المرأة في البلد التي وقع فيها العقد افتياتا وأن لا يقر الولي الذي وقع منه الافتيات بالافتيات حالة العقد وأن لا يقع منها رد قبل الرضا. اهـ.

فسخ النكاح مطلقا وجدت الشروط أو بعضها أو فقدت وإلى هذا أشار بقوله: (ولم يتعد على الزوج أيضًا) وهو مبني لما لم يسم فاعله، وأما الافتيات على الزوج وحده فكالافتيات عليها في جميع ما مر[(١)].

ولما قدم أنه إن تولى العقد غير المجبر مع وجود المجبر يفسخ في الأنثى أبدًا ولو أجازه الولي استثنى هنا مسألة يصح فيها عقد غير المجبر مع وجود المجبر فقال:

● **ص:**

وإن عقد من ثبت تفويض المجبر له صح أن فرض له النكاح أو أجازه. وهل يشترط القرب؟ قولان.

● **ش:**

يعني: أنه إذا عقد شخص نكاح امرأة مجبرة مع وجود مجبرها وكان هذا الشخص الذي عقد ثبت بالبينة تفويض المجبر له أموره بالصيغة أو بالعادة بأن يتصرف له تصرفا عاما كتصرف الوكيل المفوض وهو حاضر ساكت فإنه يصح عقده أن فوض له المجبر النكاح؛ أي: أذن له فيه أو لم يفوض له النكاح ولكنه أجاز فعله فإن لم يحصل من المجبر تفويض أو إجازه فلا يصح النكاح وإذا أجاز المجبر فعله.

وقلنا: بصحة العقد فهل يشترط في الصحة القرب بين العقد والإجازة وهو الأوجه أو مطلقا طال أولا؟ قولان.

(ومن) موصولة فاعل (عقد)، وجملة (ثبت) صلة من والضمير في (له) عائد على (من)؛ أي: وإن عقد على مجبرة شخص ثبت أن المجبر فوض له أموره بالصيغة نحو فوضت إليه جميع أموري أو أقمته مقامي في جميع أموري بل ولو كان التفويض بالعادة فإنه يصح العقد ولا بد أن يثبت التفويض بالصيغة أو العادة بالبينة بأن تقول البينة: شهدنا أنه قال له: أنت مفوض أو فوضت إليك جميع

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في جميع ما مر) أي: فيصح العقد إن رضي الزوج به نطقا بالشروط الأربعة المتقدمة. اهـ.

أموري. أو تقول: رأيناه يتصرف له في أموره[١] وهو حاضر ساكت.

وأما مجرد قول المجبر: أنه مفوض. فلا يثبت به التفويض وإذا أنكر المجبر التفويض فلا تتوجه عليه اليمين؛ لأنه إذا ألغي إقراره بالتفويض فإلغاء نكوله عن اليمين أولاه فله ثمرة في توجيهها عليه ثم أن الأصل حض الصحة بما إذا كان الذي تولى العقد من الأولياء لكنه ذكر ابن المجبر وأخاه والجد تبعا للفظ المدونة بقية العصبة كذلك فيصبح العقد من سائر الأولياء بالشروط السابقة واقتصر بعضهم على ظاهرها من تخصيص الصحة بالثلاثة الأشخاص أعني ابن المجبر وآخاه وجد المجبرة وهو أبو المجبر، وفي الخرشي أن الأجنبي كذلك.

والحاصل: أن الأقوال ثلاثة:

الأول: لا يصح ذلك بشروطه إلا في الابن والأخ والجد.

الثاني: أن سائر العصبة كهذه الأشخاص الثلاثة في الصحة وهي مقصورة عليهم.

الثالث: الأجنبي كالعصبة في ذلك وعبارة الخرشي ولا خصوصية لهؤلاء الأشخاص بل غيرهم من بقية الأولياء مثلهم بل والأجنبي عند بعضهم إذا قام هذا المقام كذلك. اهـ.

ولا فرق في المجبر بين الأب والسيد والوصي.

ثم شرع يتكلم على غيبته فقال:

● ص:

وإن غاب الأب كعشرة أيام أرسل له وفسخ تزويج غيره أبداً ولو أجازه.

● ش:

يعني: أنه إذا غاب الأب المجبر غيبه قريبة كعشرة أيام ونحوها[٢] مع أمن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في أموره) أي: يتصرف فيها تصرفا عاما كتصرف الوكيل المفوض إليه حتي يكون بمنزلة المصرح به فإن شهدت بالتصرف في بعض حوائجه فلا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ونحوها... إلخ) لم يبين النحو وهو محتمل لخمسة وعشرة وما قارب كلا يعطي حكم كل والمتوسط يلحق بالعشرة. اهـ.

الطريق وسلوكها فإنه يرسل له أما أن يحضر أو يزوجها الحاكم فإن لم يفعل زوجها الحاكم ولا يزوجها غير الأب من حاكم أو غيره من الأولياء كأخ أوجد بدون إرسال لإمكان الخبر إليه بلا كبير مشقة فإن زوجها غير الأب بدون إرسال فسخ أبدًا[١] ولو أجازه الأب ولو ولدت الأولاد؛ لأن الموضوع أنه مجبر وسواء كانت المجبرة بكرًا أو ثيبًا صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة وأولى في الفسخ لو كان الأب حاضرا وتعتبر العشرة أيام ذهابا فقط.

وقوله: (وفسخ... إلخ) أي: بشرط أن لا يسبق إذن ولا تفويض من المجبر لمن زوجها و إلا فلا فسخ وأن تكون النفقة جارية عليها ولم يخش عليها الفساد وكانت الطريق مأمونة وألا زوجها القاضي[٢] فإن زوجها غيره فسخ وأن لا يقصد الأب ضررها[٣] وإلا زوجت كالعاضل الحاضر فترفع أمرها للحاكم فيزوجها عليه ومثل الأب السيد في أمته.

وإنما لم يقل وان غاب المجبر ليشمل السيد في أمته؛ لأجل الأقسام الآتية فانه خاصة بالحرة. أفاده «الش».

ثم أشار للغيبة البعيدة فقال:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فسخ أبدا... إلخ) والحاصل أن المجبر إذا كان غائبا غيبة قريبة كعشرة أيام أو كان حاضرًا ثم إن الحاكم أو غيره من الأولياء زوج ابنته أو أمته بغير أذنه ولم يفوض أموره فإن النكاح يفسخ أبدًا ولو أجازه المجبر بعد علمه ولو ولدت الأولاد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإلا زوجها القاضي) كانت بالغة أو لا ولو لم تبلغ عشرا ولو لم تأذن بالقول كما قال ابن رشد واللخمي فعلم من هذا أن الصغيرة غير اليتيمة تزوج إذا خيف عليها الضيعة أو عدمت النفقة وأنه يزوجها الحاكم لا وليها خلافا لابن وهب فليست كاليتيمة من كل وجه، ألا ترى أن هذه لا يزوجها إلا الحاكم والسيب يزوجها وليها بعد مشورة الحاكم. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ضررها... إلخ) فإن تبين أضر بها بغيبته بأن قصد تركها من غير زواج، فإن تبين ذلك كتب له الحاكم إما أن تحضر تزوجها أو توكل وكيلًا يزوجها وإلا زوجتها ما عليك، فإن لم يفعل زوجها الحاكم وإلا فسخ هذا وما جرى عليه الشارح رضي الله عنه أنه إذا قصد ضررها يزوجها الحاكم بدون كتابة له فافهم. اهـ.

● ص:

وكإفريقية زوج الحاكم وإن لم يتوطنها على الراجح.

● ش:

يعني: أن المجبر إذا غاب غيبة بعيدة كإفريقية من مصر أو من المدينة على الخلاف في ابتداء المسافة فإنه يزوجها الحاكم[1] من غير إرسال وإن لم يستوطن المجبر بالبلد التي غاب فيها على الراجح مما في الأصل وأولى أن توطن بها.

وقيل: لا يزوجها الحاكم إلا إذا استوطن بها بالفعل.

ولا يكفي مظنة الاستيطان وإنما كان الأمر للحاكم دون غيره؛ لأن الحاكم ولي الغائب، وهو مجبر لا كلام لغيره معه، ولا يزوجها الحاكم إلا بإذنها، وإذنها صمتها[2].

واعلم أن الحاكم يزوجها في غيبة المجبر البعيدة ولو دامت نفقتها ولم يخشى عليها ضيعة على الراجح فإن خيف فسادها زوجها ولو جبرا على المعتمد.

وقوله: (زوج الحاكم)؛ أي: إذا لم يرج قدوم الأب بسرعة، وأما إذا خرج لتجارة ونحوها ونيته العودة فلا يزوج الحاكم ابنته ولو طالت إقامته إلا إذا خيف فسادها.

وقوله: (كإفريقية) غاية المسافة البعيدة كما قال مالك، واختلف في ابتدائها فعند ابن رشد مصر؛ لأن ابن القاسم كان بها وعند الأكثر من المدينة؛ لأن مالكًا كان بها وبين المدينة ومصر نحو شهر وبين مصر وإفريقية نحو ثلاثة اشهر وبين المدينة وإفريقية نحو أربعة أشهر.

تنبيه:

تكلم «المص» على الغيبة القريبة وهي عشرة أيام ونحوها وعلى البعيدة وهي ثلاثة اشهر أو أربعة على الخلاف المتقدم، ولم يتكلم على ما فوق العشرة ونحوها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه زوجها الحاكم... إلخ) أي: إذا كانت بالغا وإلا فلا يزوجها ما لم يخشى عليها الفساد إلا زوجها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإذنها صمتها) هذا هو الصواب خلافا لقول «عبق»: لا بد في إذنها القول إذا لم يعدها كما مر. اهـ.

وما دون الثلاثة أو الأربعة أشهر، ولم يتكلم أيضًا على الغيبة المتوسطة[١].

واستظهر بعضهم أن ما قارب كلا يعطي حكمه وأن المتوسطه تلحق بالعشرة.

ثم شبه في تزويج الحاكم قوله:

● ص:

كغيبة الأقرب الثلاثة ودونها أرسل له.

● ش:

يعني: أنه إذا غاب ولي غير المجبرة الأقرب لها من غيره على ثلاثة أيام[٢] فأكثر فإنه يزوجها الحاكم دون الأبعد بلا إرسال للأقرب إذا ادعت لكفؤ وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة وإنما زوجها الحاكم لا الأبعد؛ لأن غيبة الأقرب لا تسقط حقه والحاكم وكيل الغائب فإذا زوجها الأبعد في هذه الحالة صح كما مر في قوله: (وصح بأبعد مع اقرب) فإن كانت غيبة الأقرب دون الثلاث أرسل إليه فانحصر أو وكل وإلا زوجها الأبعد لا الحاكم.

وقيل: يزوجها الحاكم فإن زوجها الأبعد صح؛ لأنها غير مجبرة.

● ص:

ومن غاب ولم يعلم أمره انتقل حقه لمن يليه.

● ش:

يعني: أن من غاب من الأولياء سواء كان مجبرا أو لا، ولم يعلم موضعه ولا حياته من موته بسبب فقد أو أسر فإنه يسقط حقه في الولاية ويتنقل الحق لمن يليه في الرتبة كما إذا مات فإن حقه ينتقل لمن يليه.

وبعبارة: إذا غاب الولي ولم يعلم له خبر زوجها من بعده من الأولياء[٣] لا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على الغيبة المتوسطة) وإذا كانت الغيبة على النصف فالظاهر أنه يحتاط في ذلك ويلحق بالغيبة القريبة فيفسخ. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على ثلاثة أيام) ظاهره وإن لم يحصل الغائب عضل؛ وذلك لأن غيبته بمنزلة عضله. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من بعده الأولياء... إلخ) وينبغي أن يثبت الولي عند الحاكم =

الحاكم ولو دامت نفقة البكر ولم يخف عليها هذا و«المص» تبع أصله في أنه ينتقل الحق لمن يليه ولا كلام للحاكم مع وجود غيره من الأولياء والأصل نتبع في ذلك المقيطي وحكى ابن رشد الاتفاق على أنه كذي الغيبة البعيدة يزوجها الحاكم دون غيره فيكون هو المذهب.

تنبيه:

كل من قام به مانع من الأولياء كالرق ينتقل الحق لمن يليه.

ولما انهى الكلام على الولي وتقسيمه إلى مجبر وغيره وغير المجبر إلى خاص وعام شرع في بيان شروطه فقال:

● ص:

وشرط الولي تكليف وذكورة وحرية لا عدالة.

● ش:

شرط مفرد مضاف يعم جميع الشروط والولي شامل للمجبر وغيره؛ أي: أنه شروط صحة عقد الولي.

التكليف: وما عطف عليه المكلف البالغ العاقل فلا يصح العقد من صبي ولا مجنون ولا معتوه ولا سكران وفهذا الشرط تحته شرطان البلوغ والعقل.

الثالث: الذكورة فلا ولاية لأنثى ولا خنثي فإن كانت مالكة وكلت كما يأتي.

الرابع: الحرية فلا ولاية للرقيق مطلقا قنًا أو ذا شائبة ولو مكاتبا في أمته وسواء كان أبا أو مالكا فإن عقد الرقيق على وليته فسخ أبدًا ولو ولدت الأولاد أو كانت دنيئة أو أذن له سيده وفسخه بطلقة.

الخامس: الإسلام في المسلمة بذليل قوله الآتي: (ولا ولاية لكافر على مسلمة).

السادس: عدم الإحرام؛ فالمحرم بحج أو عمرة لا يصح منه عقد النكاح بدليل قوله الآتي: (ومنع إحرام احد الثلاثة)، وبقي شرط سابع يؤخذ من بحث الإكراه وهو عدم الإكراه فلا يصح من مكره إلا أن عدم الإكراه لا يختص بولي عقد النكاح

= طول غيبة الأب وانقطاع خبرة والجهل بمكانه وحينئذ فله إنكاحها وصوب أن ذلك للحاكم إذ لا فرق بين أسير وبعيد غيبة. اهـ.

بل هو عام في جميع العقود الشرعية فلذا لم يصرح به.

وأما العدالة فليست شرطا في الصحة وإنما هي شرط كمال كالرشد وإذا وجد مع الفاسق عدل في درجته فالعدل أولى بالتقديم من الفاسق وإذا مع السفيه رشيد فالرشيد أولى.

تنبيه:

إذا اختل شرط من هذه الشروط في ولي انتقل الحق لمن بعده ووكلت مالكة ووصية ومعتقة من أرادت تقدم أنه لا ولاية لأنثى؛ أي: لا يصح منها مباشرة العقد بنفسها وإن كان لها ولاية في الجملة.

وذكر هنا أن المرأة إذا كانت مالكة لأمة أو وصية على أنثى أو معتقة لأمة ليس لها عاصب نسب فإن المالكة أو الوصية أو المعتقة توكل من أرادت من الرجال المستوفيين للشروط يتولى عقد المملوكة أو الموصي عليها أو المعتقة ولو كان الوكيل أجنبيا من الموكلة في الثلاث مع حضور أوليائها ومن الموكل عليها في الأولى والثانية وكن الثالثة حيث لا عاصب لها من النسب فإذا كان لها عصب نسب فلا ولاية للمعتقة بالكسر لما سبق من تقديم ولي النسب على المعتق بالكسر ولذا قال «الش»: ومعلوم أن العصبة إن وجدوا مقدمون على المعتقة.

وقوله: (من أرادت) راجع للثلاث مسائل و(من) موصولة مفعول (وكلت)، وإنما لم تباشر العقد بنفسها؛ لأن عائشة زوج النبي ﷺ كانت موصاة على أيتام فكانت تختار الأزواج وتقدر الأصدقة ثم تقول: اعقدوا فإن النساء لا يعقدون، فعلم أن كلام «المص» في تزويج الأنثى.

وأما في تزويج الذكر فكل واحدة ممن ذكر تلي تزويجه على المشهور[1] واعلم أن المالكة لها الجبر على أمتها وكذا الوصية على تفصيل الوصي الذي سبق في المجبر.

ولما ذكر أن من شروط الولي الحرية فلا ولاية لرقيق ذكر أن بعض الأرقاء يجوز

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تلي تزويجه على المشهور) أي: وهو قول ابن القاسم في العتبية والواضحة وقيل: لا تقبل المرأة للذكر. نقله عبد الوهاب. اهـ.

له التوكيل وإنما يمنع من المباشرة كبعض الإناث وهن المذكورات[١] مشبها له بهن بقوله:

● **ص:**

كعبد وصي أو مكاتب طلب فضلا في أمته ولو كره السيد.

● **ش:**

يعني: أن العبد إذا كان وصيا على أنثى فانه يوكل من يتولى عقدها نيابة عن من أوصاه عليها فوكيله نائب النائب ولا يضره وصف رقه اللازم السالب لولايته عن ابنته مثلا إذ لو ثبتت ولايته عليها لكانت أصلية ولو وكل فيها كان وكيله نائب ولي أصلي.

والأصلية مسلوبة عنه إلا في المكاتب الذي طلب فضلا كما أشار له بقوله: (ومكاتب... إلخ) يعني: أن المكاتب يوكل في تزويج أمته إذا طلب فضلا في مهرها[٢] بأن كان يزيد[٣] على ما يجبر عيب التزويج وعلى صداق مثلها كأن يكون قيمتها خمسين وبعيب التزويج أربعين وصداق مثلها عشرة فزوجها بأحد وعشرين فهي أزيد من صداق مثلها وما يجبر عيب التزويج معا فحينئذ يوكل من يباشر عقدها ولو سيده؛ ذلك لأنه أحرز[٤] نفسه وماله وخرج بأمته ابنته فليس له عليها ولاية أصلا حتى يوكل عليها وإذا باشر واحد من هذه الأشخاص الخمسة؛ أي:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (المذكورات) أي: المالكة والوصية والمعتقة فإنهن يمنعن من المباشرة للعقد وإن كانت الولاية ثابتة لهن. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا طلب فضلا في مهرها... إلخ) فلو كان ذلك من غير ابتغاء الفضل فلا يزوجها إلا سيده فإن أجاز السيد جاز وإن رده رد، والحاصل أنه إن لم يطلب فضلا بزواجها فليس له أن يوكل من يعقد عليها بل المتولي لعقدها إنما هو سيده وتوكيله باطل وإن أجازه سيد، جاز فلو جهل الأمر ولم يعلم هل طلب بزواجها فضلا ام لا؟ حمل عليه عدم طلب الفضل حتى يثبت خلافه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بأن كان يزيد) أي: ما طلبه. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأنه أحرز... إلخ) علة لمحذوف؛ أي: وإنما جاز للمكاتب تزويج أمته إذا طلب فضلا في مهرها. اهـ.

المالكة وما بعدها فسخ النكاح أبدًا قبل الدخول وبعده ولو أجازه سيد العبد الوصي أو المكاتب أو أجازه ولي ابنته.

ثم ذكر أن شرط الولي أن يكون حلالا بقوله ومنع إحرام احد الثلاثة المراد بالثلاثة الزوج والزوجة والولي؛ أي: ومنع إحرام واحد من هذه الثلاثة مباشرة لعقد النكاح وتوكيلا عليه فلا يباشر ولي أو زوج عقد النكاح بنفسه ولا يوكل من يعقد عنه ولا تأذن المرأة إلا الحاكم من حيث الحكم فيوكل من يتولى العقد إذا كان محرما لضرورة عموم الأحكام ومصالح الإسلام، وأما من حيث القرابة فكغيره فلا يباشر ولا يوكل.

والحاصل: أنه متى كان واحد من الثلاثة فحرما بحج أو عمرة فسد النكاح بخلاف شرا الأمة حال الإحرام فجائز ولا يطأ حتى يحل والفرق أنه في التزويج لا ينكح إلا من يحل له وطؤها بخلاف «الش» أفيكون لما هوا عم.

وبعبارة: ومنع صحة عقد النكاح إحرام احد الثلاثة فلا يقبل زوج ولا تأذن زوجة ولا يجيب ولي ولا يجيزون[1] ولا يوكلون[2] إلى الإحلال ويفسخ أبدًا إلا السلطان أو القاضي إذا كان محرما ووكل على ولاية العقد وكيلا حلال فانه يصح عقد وكيله للضرورة.

ثم ذكر أن من شرط الولي الإسلام في المسلمة بقولة:

• ص:

ولا ولاية لكافر على مسلمة ولا عكسه.

• ش:

يعني: أنه لا ولاية للكافر على مسلمة ولو ابنته لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] فلا يزوج الكافر ابنته المسلمة ويفسخ

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يجيزون) أي: إذا أفتيت على واحد منهم في الإحرام كما يمنع من عقد النكاح يمنع من التوكيل عليه ويمنع من إجازته. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يوكلون) أي: لا يوكل الزوج ولا المرأة ولا الوليد المحرم كل منهم ويستمر المنع إلى تمام الإحلال بالرمي والطواف والسعي في الحج والعمرة. اهـ.

أن وقع وسواء في ذلك الذمي والمرتد والحربي.

وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة كما أشار له بقوله: (ولا عكسه) أي: عكس هذا الفرع المتقدم وهو أن يكون الولي مسلمًا والمرأة كافرة لقوله تعالى: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال:٧٢][1] فإن عقد لها على كافر ترك وقد ظلم نفسه وإن عقد لها على مسلم فسخ أبدًا[2] لما يأتي.

واستثنى من العكس قوله:

● ص:

إلا في أمته أو عتيقته مسلما ببلدنا.

● ش:

يعني: أنه لا يتولى المسلم عقد كافرة إلا أمته الكافرة فيزوجها لكافر فقط لا لمسلم وإلا معتقته الكفارة التي اعتقها وهو مسلم ببلد الإسلام، فيزوجها ولو لمسلم حيث كانت كتابية.

وأما لو أعتقها وهو كافر ثم أسلم أو اعتقها وهو مسلم[3] ببلادهم فلا يزوجها إلا أهل الكفر إلا أن تسلم.

وقوله: (مسلما ببلدنا) هو معنى قول الأصل ومعتقته من غير نساء الجزية؛ أي: من النساء التي لم تضرب على رجالهن الجزية وإلا فالنساء لا جزية عليهن أصلا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله تعالى: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾ تأمل الاستدلال للآية مع أنها نسخت بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥]، وأجاب بعضهم أن نسخ المنطوق يلزم منه نسخ نحواه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويفسخ ابدًا) أي: قبل البناء وبعده ولو ولدت الأولاد ولكنه لا يتأبد به التحريم. ابن عرفة: ومن قدم سعيه وأفاض ونسي الركعتين وعقد، فإن نكح بالقرب فسخ وإن تباعد جاز نكاحه، ونقله ابن رشد وقال: القرب بحيث يمكنه أن يرجع فيبتدئ طوافه ويعلم منه أن القرب والبعد منظور فيهما لترك الركعتين مع ابتداء يصل لبلده كان ذلك قربًا وإن عقد بعد الوصول لبلدا كان بعدًا. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مسلم) أي: منع مراعاة؛ أي: كان النكاح وشروطه في الإسلام غير وليها. اهـ.

وزوج الكافر وليته لمسلم؛ يعني: أن الكافر تزوج وليته الكافرة الحرة الكتابية لمسلم وأولى لكافر فإسلام الولي إنما هو شرط في تزويج المسلمة فقط فالكافر يزوج ابنته الكافرة الكتابية لمسلم أو كافر فإن لم يكن للكافرة ولي كافر فأساقفتهم يزوجونها فإن امتنعوا ورفعت أمرها للحاكم جبرهم على تزويجها ولا يجبرهم على تزويجها من مسلم إذا لم ترضى به وإلا جبرهم على تزويجها له.

ثم استطرد فرعا له تعلق بما هو فيه فقال:

● ص:

وان عقد مسلم على كافرة لمسلم فسخ أبداً ولكافر ترك.

● ش:

يعني: أن المسلم إذا عقد على كافرة ولو أجنبية لمسلم فانه يفسخ النكاح أبدًا[1] وان عقد عليها على لكافر ترك ولا تتعرض له وقد ظلم المسلم نفسه والمراد بالكافرة خلاف ما سبق من الأمة والمعتقة التي اعتقها مسلما ببلد الإسلام.

ثم شرع يبين أنه لا يشترط رشد الولي على الراجح فقال:

● ص:

وعقد سفيه ذوا رأي بإذن وليه.

● ش:

يعني: أن السفيه ذو الرأي يجوز له أن يعقد على وليته المجبرة وغيرها بإذن وليه وإلا فإن النظر وظاهره أن استئذان الولي واجب.

وفي «دك» أن ذلك استحسانا ولي بشرط صحة فلو عقد بغير إذنه ندب إطلاعه عليه لينظر فيه[2] فإن لم يفعل[3] مضي كمن لا ولي له[4] وأما ضعيف الرأي فيفسخ

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يفسخ النكاح أبدا) خلافا لاصبغ القائل بعدم الفسخ. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لينظر في) أي: فإن وجده صوابا أمضاه وإلا رده. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإن لم يفعل... إلخ) أي: فإن لم ينظر فيه الولي. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كمن لا ولي له) أي: والحال أنه ذوي رأي فإنه يجوز نكاحه اتفاقا. اهـ.

عقده[١]؛ لأن الولاية لوليه كما مر.

والمراد بالرأي العقل والفطنة والرأي لا ينافي السفه إذ قد لا يعمل بمقتضى رأيه.

وبعبارة: وعقد السفيه ذو الرأي بإذن الولي ولو مجبرا إذ سفهه[٢] لا يخرجه عن كونه مجبرا وإذا عقد نكاح وليته، فأولى بعقد نكاح نفسه وصح توكيل زوج الجميع وإن كافرة لا ولي[٣] المرأة إلا كهو لما قدم أن الولي إذا فقد الذكورة أو الحرية كالمالكة والوصية والعبد الوصي لا بد أن يوكل ذكرا حرا مستوفيا للشروط يبين هنا أنه يصح للزوج أن يوكل في عقده لنفسه جميع من تقدم[٤] ممن قام به مانع من الولاية كصبي[٥] وعبد وكافر وامرأة ولو كافرة في سماع عيسى[٦] لا بأس أن يوكل الرجل نصرانيا أو عبدا أو امرأة على عقد نكاحه ولم يستثن المحرم والمجنون والمعتوه مع أنه لا يصح للزوج توكيلهم لمانع الإحرام وعدم العقل وكذا السكران والصبي الذي لا ميز له.

ويجاب: بأنه لم يعد الإحرام من الشروط حتى يستثنيه وانظر ما الجواب عن المجنون والمعتوه والسكران وغير المميز مع أن ذلك من محترز قوله: (وشرطه تكليف وتوكيل) مصدر مضاف لفاعله وهو الزوج والجميع مفعوله هذا في الزوج.

وأما ولي المرأة إذا أراد أن يوكل فلا يوكل إلا كهو[٧] أي: لا يوكل إلا مثله في استيفاء الشروط المتقدمة من الذكورة والبلوغ والعقل والإسلام وعدم الإحرام

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيفسخ عقده) أي: إن لم يكن يجب على الولي النظر فيه فإن وجده نظرا أمضاه وإلا رده. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذ سفهه) أي: صرفه المال في اللذات والشهوات ولو مباحة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا ولي) بالجر عطف على قوله: (زوج). اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (جميع من تقدم) أي: ليقبلوا له. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كصبي) أي: مميز إما غيره فهو كالمعتوه. اهـ.

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في سماع عيسى... إلخ) هذا دليل على الجواز ابتداءً. اهـ.

(٧) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا كهو) أي: وأما ولي المرأة فلا يصح أن يوكل إلا من يصح أن يكون وليا لها بأن يكون مثله. اهـ.

والجنون والعته والسكر؛ لأن الحق لله فلا يوكل امرأة ولا صبيا ولا كافرا ولا مجنونا ولا محرما ونحو ذلك وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

لا ولي المرأة إلا كهو.

● ش:

أي: لا يصح توكيل ولي المرأة إلا من هو مثله في استيفاء شروط الولاية، وأدخل الكاف على الضمير على مذهب ابن مالك[1] وهو قليل لا ضرورة وعليه الإجابة.

● ص:

لكفؤ عينته وإلا انتقل الحق للأبعد.

● ش:

يعني: أن المرأة الغير المجبرة إذا دعت إلى كفؤ عينته ورضيت به فإنه يجب على وليها الإجابة إلى ما دعت إليه وعينته ولو كان الولي أبًا وكذا إذا دعت هي إلى كفؤ ودعى هو إلى كفؤ آخر فانه يجب عليه الإجابة إلى ما دعت إليه؛ لأنه ادوم للعشرة فإن لم يجبها إلى ما دعت إليه انتقل الحق للأبعد على الصواب.

فقوله: (وإلا) مفهوم قوله: (وعليه الإجابة)؛ أي: وعلى الولي الإجابة لكفؤ عينته المرأة البالغة وإلا يجب انتقل الخف لمن بعده في الرتبة؛ لأن غير المجبر بصير عاضلا برد أول كفؤ بخلاف المجبر كما يأتي.

وفي الأصل أنه إذا امتنع من الإجابة يأمره الحاكم بتزويجها فإن امتنع سأله عن وجه امتناعه فإن رآه صوابا ردها إليه وإلا عد عاضلا برد أول كفؤ فيزوجها الحاكم أو يوكل من يعقد لها ولو اجنبيا منها ولا ينتقل الحق للأبعد لكن لا يزوجها الحاكم حتى يثبت عنده ثيوبتها وملكها أمر نفسها وأن المهر مهر مثلها وكفأة الخاطب.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على مذهب ابن مالك) القائل بجوازه على قلة لا ضرورة ومذهب غيره لا يجوز إلا في الضرورة. اهـ.

● ص:

ولا يعد أبو البكر عاضلا برد المتعدد إلى أن يتحقق.

● ش:

يعني: أن أبا البكر لا يعد عاضلا؛ أي: مانعا لها عن النكاح بسبب رد المتعدد(١) من الخطاب لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة ولجهلها بمصالح نفسها فربما علم الأب في من حالها أو حال الخاطب ما لا يوافق إلا أن يتحقق عضله وإضراره ولو بمرة فإن تحقق منه ذلك قال له الحاكم(٢) إما أن تزوج أو زوجناها عليك فإن زوج وألا زوجها الحاكم ومثل البكر الثيب المجبرة فلو قال: ولا يعد أبو المجبرة لشمل الثيب المجبرة.

أيضًا ومثل الأب الوصي الذي له الجبر وقوله: (برد المتعدد) أحسن من قول الأصل برد متكرر(٣)؛ لأنه يصدق بالخاطب الواحد فربما أوهم أنه مع تعدده يعد عاضلًا.

● ص:

وإن وكلته ممن أحب(٤) عين وإلا خيرت ولو بعد ولزم الرجل إن فعل ذلك.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا وكلت واحدًا من أوليائها على أن يزودها ممن أحب وأحب إنسانًا فانه يجب عليه أن يعين لها قبل العقد من أحبه لها الاختلاف أغراض النساء

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بسبب المتعدد... إلخ) وفي البدع الخرافي عن ابن حبيب منع مالك بناته وقد رغب فيهن خيار الرجال وفعله العلماء قبله وبعده وحاشاهم أن يقصدوا به الضرر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قال له الحاكم) وانظر لو زوج الحاكم قبل العرض على الأب وامتناعه فلو زوجها الحاكم قبل تحقق العضل فسخ. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (برد متكرر) أي: بدون تنوين كما جري عليه شارحه اما قرب برد بالتنوني لشمل ما إذا كان التكرار من خاطب واحد أو متعدد وعلى ذلك يكون المتعدد والمتكرر بمعنى واحد.

تنبيه: إن ادعي عضلها العذر وادعت هي عدمه فالقول قوله وعليها إثبات الذي تدعيه وهذا إذا كان من أهل الصلاح وإلا سئل فيها الجيران. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ممن أحب) أي: وكالة تفويض وأما لو قالت ممن احببت بضم التاء فلابد من أذن ها فإن زوجها من غير تعيين فإنه يجري على مسيلة الفضولي. اهـ.

في أعيان الرجال وأولى إن لم تقل له ممن أحببت فإن لم يعين لها الزوج[١] قبل العقد فلها الخيار في الإجازة والرد ولو بعد ما بين العقد وإطلاعها على التزويج.

وقيل: إن أجازت فلها وإن بعد وإن ردت فيشترط القرب والخيار ثابت لها إن لم يعين سواء زوجها من نفسه أو غيره وسواء زوجها بمهر المثل أو بدونه هذا ما يتعلق بالمرأة.

وأما الرجل إذا قال لوكيله: زوجني ممن أحببت ولم يعين له امرأة فزوجه من امرأة ولم يعينها له فإنه يلزمه ذلك إن كانت ممن يليق به[٢]؛ لأن الرجل إذا كره النكاح قدر على حله؛ لأن الطلاق بيده وكذا إذا وكل امرأة أن تزوجه ممن أحبت فزوجته من نفسها وعقد ذلك وليها فإن النكاح يلزمه ولذا أشار بقوله:

● ص:

ولزم الرجل أن فعل ذلك.

● ش:

أي: ولزم النكاح الرجل أن قال لشخص :زوجني ممن أحببت. فزوجه ولم يعين فإن طلق لزمه نصف المهر وللولي تزويجها لنفسه بتزوجتك بكذا[٣].

المراد بالولي كل من له ولاية على المرأة ولو بولاية الإسلام العامة وقوله: (بتزوجتك) يا تصوير لتزويجها لنفسه؛ يعني: أن الولي كابن العم أو الكافل أو الحاكم أو من يزوج بولاية الإسلام العامة يجوز له تزويج من له عليها الولاية لنفسه أن عين لها أنه الزوج ورضيت بالقول[٤] أو الصمت[٥] على ما تقدم بأن يقول لها:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإن لم يعين لها الزوج) معتمد على عموم إذنها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن كانت ممن يلقيق به) مفهومه أنه إن زوجه ما لا تليق به والحال أنه لم يعينها من قبل العقد فإن النكاح لا يلزم. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تزوجتك بكذا) أي: ولا يحتاج لقوله: (قبلت نكاحك لنفسي) بعد ذلك؛ لأن قوله: (تزوجتك) فيه إيجاب وقبول. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ورضيت بالقول) أي: كانت ثيبا أو ما في حكمها من الأبكار السبعة. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو الصمت) أي: إن كانت بكرا ليست من الست المتقدمة. اهـ.

تزوجتك بكذا. من المهر أو تفويضا فيتولى الطرفين بهذا اللفظ؛ أي: طرف الإيجاب والقبول خلافا لمن يقول: لا يتولى الطرفين.

ولابد من ولي غيره معه فانه خلاف الراجح وعلى الراجح فلا بد من رضاها به وبالمهر ولا بد أيضًا من الأشهاد ولو بعد عقده لنفسه حيث كانت مقرة بالعقد.

● ص:

وإن أنكرت العقد صدق الوكيل أن ادعاه الزوج ولا يقبل دعواها العزل قبله إلا أن يبعد من التوكيد.

● ش:

يعني: أن الولي الموكل على التزويج إذا قال للمرأة: عقد لك علي فلان. فأنكرت العقد بأن قالت لوليها: لم يحصل منك عقد فإنه يصدق الوكيل في أنه عقد عليها بلا يمين إن ادعي الزوج العقد كما ادعاه الوكيل؛ لأنها مقرة بالإذن والوكيل قائم مقامها، وإن لم يدعه الزوج صدقت فلها أن تتزوج غيره شاءت.

وظاهر قوله: (إن ادعاه الزوج[1]) ولو كان هو الوكيل كما في المسألة السابقة أعني مسألة تولى للطرفين.

وإن ادعت المرأة عزل الوكيل قبل العقد وادعي أن عقد عليها قبل العزل، فالقول قوله ولا يقبل دعواها العزل[2] قبل العقد إلا أن يبعد ما بين العقد والتوكيل كستة أشهر وإلا فيقبل قولها ويحمل على العزل.

والضمير في (ادعاه) و(قبله) راجع للعقد، وتقدم حكم تنازع الأولياء المتساويين في الدرجة كالأخوة والأعمام في تولي العقد أو تعيين الزوج فلا حاجة لإعادته هنا.

ولما كان من تعلقات هذا المبحث مسألة ذات الولين ذكرها بقوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا ادعاه الزوج) أي: المعهود وهو الذي عينه الوكيل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يقبل دعواها العزل) لأن عزل الوكيل لا يصح إلا بالشهرة والإظهار وأما لو عزله سرا فلا يقبل قولا واحدا. اهـ.

● ص:

وإن أذنت لوليين[١] فعقدا معا وإن وهما فسخا بلا طلاق.

● ش:

قوله: (وإن أذنت) فيه إشعار بأنها غير مجبرة وهو كذلك، وقوله: (فعقدا معا) سيأتي مفهومه وهو قوله الآتي:

● ص:

كالثاني إن قامت بينة بأنه علم أو الزوجة أو من عقد له ثانويته.

● ش:

يعني: أن غير المجبرة إذا أذنت في تزويجها لوليين معا أو مرتين فعقدا لها معا أي: عقد لها لك على رجل بزمن واحد تحقيقا أو ظنا أو شكا بل وإن وهما فانه يفسخ النكاحان معا بلا طلاق سواء دخلا أو أحداهما أولا.

فإن قلت: كيف يتأتى أن تأذن لوليين في زوجين ويعقدا لها جميعا مع أنه تقدم إنها إذا قالت: زوجني ممن أحببت. عين لها وهي إذا عين لها زوج ولم تأذن في غيره فما هنا شكل مع ما مر؟

أجيب: بأنها أذنت لهما في زوجين على سبيل البدل أو أنها أذنت في تزويج الثاني ناسية للأول أو أنه اشترك العنوان بأن اشترك الزوجان في الاسم أو أفتيت عليها بعدم التعيين بأن أذنت لهما فعقدا من غير تعيين فلا يشكل هذا مع ما مر هذا في غير المجبرة، وأما المجبرة إن زوجها الحاكم لغيبة أبيها ثم قدم الأب وأثبت أن كان زوجها بما له عليها من الإجبار في غيبته لرجل فأفتي الناصر القافي بأنها لا تفوت بدخول الثاني. نقلة البدر. أفاده «حش».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن أذنت لوليين... إلخ) هذا فرض مثال اذ لو أذنت للأولياء فالحكم كذلك وأما إذا أذنت لولي واحد في أن يزوجها فعقد لها على اثنين فلابد من فسخ الثاني ولو دخل بها، واعلم أن مسألة ذات الوليين على ثلاثة اقسام وذلك؛ لأنها إما أن يعقدا لها بزمنين ويعلم السابق أو يجهل أو بزمن واحد ففي القسم الأول تكون للاول على التفصيل الذي ذكره ويفسخ نكاح الاثنين في القسم الثاني والثالث. اهـ.

يعني: أنها للأول منهما دخل بها الثاني أو لا ومفهوم ولبين أنه لو كان الولي واحدا فلا بد من فسخ الثاني ولو دخل بها كما في «خ».

ثم شبه في الفسخ بلا طلاق قوله: (كالثاني إن قامت بينة بأنه علم أو الزوجة أو من عقد له ثانويته) مثل أبي وكذا يفسخ نكاح الثاني فقط بلا طلاق إن قامت بينه ولو بعد تلذذه بأنه علم هو أو علمت الزوجة أو عقد له من الأولياء ثانويته قبل تلذذه بلها؛ يعني: أنها إذا أذنت لوليين فعقدا لها على الترتيب وعلم الأول والثاني وتلذذ بها الثاني[1] وأولى إن لم يتلذذ ثم قامت بينة قبل الدخول أو بعده بأن الثاني يعلم أن ثانٍ قبل الدخول أو بأن الزوجة تعلم أنه قبل الدخول أو أن من عقد لها يعلم قبل الدخول أنه ثانٍ فانه يفسخ نكاح الثاني في الصور الثلاث بلا طلاق؛ لأنه تزوج ذات زوج وترد للأول بعد الاستبراء فقيام البينة عليه أو على الزوجة أو على من عقد بالعلم لا فرق فيه بين أن يكون قبل الدخول أو بعده.

وأما علم الثاني أو الزوجة أو الولي بأنه ثان فيشترط فيه أن يكون قبل الدخول أي التلذذ.

والحاصل: أني متى علم الثاني أو الزوجة أو الولي قبل التلذذ بثانوية الثاني وشهد البينة قبل التلذذ أو بعده، وأما أن اقر الزوج وحده بعد التلذذ أنه دخل بها عالما بأنه ثان فيفسخ نكاحه بطلاق كما سيأتي.

وفاعل (علم) ضمير يعود على الثاني والزوجة و(من) الموصولة معطوفًا على فاعل (علم) وضمير (له) و(ثانويته) للثاني و(ثانويته) مفعول (علم) أي علم كل من الثلاثة ثانوية الثاني.

وعلم مما قررنا أن العقدين في موضوع هذه المسألة وقع مرتين في زمنين وعلم السابق منها وكذا في موضوع المسألة الآتية بعد مسألة جهل السابق وهي مسألة إقرار الثاني بعلمه بأنه ثاني، وإنما أخرها عن هذه؛ لأن الفسخ فيها بطلاق كجهل السابق وهذه الفسخ فيها بلا طلاق كالتي قبلها فجمع كل نظير مع نظيره رحمه الله ونفعنا به.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وتلذذ بها الثاني) المراد بالتلذذ إرخاء الستور. اهـ.

• ص:

وبطلاق أن جهل السابق.

• ش:

قوله: (وبطلاق) عطف على قوله المتقدم و(بلا طلاق)؛ أي: وفسخ النكاحان معا بطلاق إن جهل السابق منهما؛ يعني: أنه إذا تحقق وقوع العقدين في زمنين وجهل السابق منهما فلم يعلم المتقدم منهما فإنه يفسخ النكاحان بطلاق إذا لم يدخلا[1] أو دخلا ولم يعلم الأول وألا كانت له فإن دخل واحد فقط فهي له[2] أن لم يعلم أنه ثان فصورة جهل السابق في تحقق وقوع العقدين في زمنين.

وأما الظن أو الشك أو الوهم فهو داخل في قوله: (فعقدا معا وان وهما).

• ص:

أو أقر لا غيره بعلمه.

• ش:

(أو اقر) عطف على (جهل)؛ أي: وفسخ النكاحان بطلاق إن جهل السابق أو نكاح الثاني حيث أقر هو بعد الدخول دون غيره في زوجة أو ولي بعلمه قبل الدخول بأنه ثان؛ يعني: أن الثاني إذا أقر بعد الدخول بأنه دخل عالما بأنه ثان فانه يفسخ نكاحه بطلاق بائن لاحتمال كذبه في دعواه العلم وأنه دخل غير عالم ويلزمه جميع الصداق ولا تكون للأول كما في «دك» و«خ»، وإنما فسخ نكاح الثاني عملا بإقراره.

والحاصل: أنهما يفسخان معا إلا أن الأول يفسخ بلا طلاق والثاني يفسخ بطلاق وفائدة الفسخ بطلاق أنه لو تزوجها بعد ذلك على طلقتين وتقدم إنها إذا قامت البينة على الزوج أو الزوجة أو الولي بالعلم بأنه ثان فسخ نكاحه بلا طلاق.

وقوله: (لا غيره)؛ أي: الثاني مفهومه أنه لو أقر غيره من زوجه أو ولي بعد الدخول

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فهي له) أي: لأنه الأحق والأولى. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا لم يدخلا... إلخ) اعلم أن هذا التخيل هو المعول عليه خلافا لما في «عبق» من فسخ النكاحين مطلقا دخلا أو أحدهما أو لم يدخل واحد منهما. اهـ.

بعلمهما قبل الدخول بأنه ثان فلا يفسخ نكاحه؛ لأنه صدق عليه أنه دخل بها غير عالم وهو إذا دخل بها غير عالم فتكون له وتفوت على الأول كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

فإن تلذذ الثاني غير عالم فهي له[1] ولو تأخر تفويض وليه.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا أذنت لوليين معا أو على الترتيب في تزويجها فعقدا لها على الترتيب وعلم الأول والثاني فإن تلذذ بها الثاني بوطئ[2] أو مقدمات غير عالم بأنه ثان فهي له ولو تأخر تفويضها لوليه الذي عقد له عن تفويضها لولي الأول وقصد بالمبالغة الرد على من قال[3]: إن فوضت لأحدهما بعد الآخر كانت للأول دون الثاني. ولو دخل[4] وتفويض مصدر مضاف لمفعوله[5] وهو وليه بعد حذف فاعله كما أشرت له

وأضاف (ولي) للضمير العائد على (الثاني) لأدنى ملابسة؛ أي: ولي عقده وإلا فالولي ولي المرأة لا الثاني والتفويض معناه الإذن.

ومفهوم قوله: (تلذذ الثاني) غير عالم أنه إن لم يتلذذ بها الثاني أصلا أو تلذذ بها عالما بأنه ثانٍ فإنها تكون للأول في هاتين الصورتين ويفسخ نكاح الثاني بلا طلاق؛ لأنه تزوج ذات زوج ومحل الفسخ بلا طلاق أن قامت بينة بعلم الزوج أو الزوجة أو الولي بالثانوية كما مر.

أما إن أقر بعد الدخول بعلمه فالفسخ بطلاق كما مر أيضًا.

وبعبارة: محل كونها للأول إذا تلذذ بها الثاني عالما أنه ثانٍ، أما لو أقر بذلك

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فهي له) أي: للثاني لا للأول ولو طلقها الثاني ويلزمه ما أوقعه من الطلاق ويفسخ نكاح الأول بطلاق؛ لأن ابن عبد الحكم يقول: لا تفوت على الأول بحال. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بوطئ... إلخ) تبع فيه ذلك الخرشي من أن المراد بالتلذذ الوطيء ومقدماته وظاهر النصوص أن المراد بالتلذذ إرخاء الستور وإن لم يحصل مقدمات. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الرد على من قال) أي: وهو الباجي. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو دخل) أي: الثاني بها. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مصدر مضاف لمفعوله) أي: تفويضها لوليه. اهـ.

فقط بعد التلذذ فلا تكون للأول لاحتمال كذبه وتكون للثاني زوجه ولكنه يفسخ نكاحه عملا بإقراره ويكون فسخه بطلاق[1]؛ لأنه مختلف فيه. أفاده «خ»، وقد تقدم مبسوطا.

● ص:

إلا في عدة وفاة الأول فيفسخ ويتأبد ولو كان العقد قبلها.

● ش:

هذا استثناء من قوله: (فهي له) فهذا تقييد لما سبق؛ يعني: أنه إذا تلذذ بها الثاني غير عالم بالأول فهي للثاني لقضاء عمر ومعاوية بذلك من غير نكير إلا إذا تلذذ بها الثاني في عدة وفاة الأول بأن مات عنها قبل دخول الثاني ثم دخل بها الثاني بعد موته وقبل انقضاء عدتها فإنه يفسخ نكاحه وترد لإكمال عدة الأول وترثه ويتأبد تحريمها على الثاني.

وكذا يتأبد تحريمها على الثاني إذا تلذذ بها بعد العدة والعقد فيها كما سبق نقله «الش» عن «بن»؛ ومعناه أنه تلذذ بها بعد العدة بالوطء لا المقدمات كما تفيده إلا حالة على ما سبق وقول «المص»: ولو كان العقد قبلها مبالغة في الفسخ وتأبيد التحريم.

يعني: أنه إذا تلذذ بها في عدة وفاة الأول فإنه يفسخ نكاح الثاني ويتأبد تحريمها عليه ولو تقدم عقده عليها قبل عدة الأول بأن عقد عليها قبل موته وتلذذ بها بعده في العدة. هذا ما استظهر ابن رشد.

وقال ابن المواز: إذا تقدم عقد الثاني على عدة الأول وتلذذ بها في العدة يقر عليها ولا ميراث لها من الأول بمنزلة ما إذا عقد ودخل قبل موته فتحصل أنها للثاني

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويكون فسخه بطلاق... إلخ) هذا القول للقوري وعليه فلا حد على الثاني بدخوله عالما بالأول كما في المعيار.

تنبيه: حاصل هذه المسألة أنه إن وقع العقد عليها بعد الوفاة يتأبد تحريمها باتفاق وإن كان قبل وفاة الأول فتأبيد تحريمها عند ابن رشد نظرًا لوقع الوطء في العدة لا عند ابن المواز؛ لأن العقد وقع على ذات زوج. اهـ.

بشروط ثلاثة:

- أن يتلذذ بها غير عالم بالأول.
- وأن لا تكون في عدة وفاة الأول.
- وأن لا يتلذذ بها الأول قبل تلذذ الثاني.

فإن تلذذ بها الأول قبله كانت له مطلقا دون الثاني وتقييد العدة بالوفاة لبيان الواقع لا للاحتراز إذ لا تكون العدة هنا إلا عدة وفاة؛ لأن طلاق الأول إنما يكون قبل الدخول والمطلقة قبله لا عدة عليها إذ لا يتأتى أن يكون الأول دخل بها وتكون للثاني.

● ص:

وإن ماتت وجهل الأحق فالأكثر لا إرث.

● ش:

يعني: أنها إذا ماتت المرأة في مسألة جهل السابق منهما ودخلا بها معا وجهل الأحق بها من الزوجين؛ أي: الذي أبي يقضي له بالزوجية لو علم به وهو، أما الأول قبل دخول الثاني أو الثاني بعد دخوله فاختلف المتأخرون في ثبوت الإرث للزوجين وعدمه على قولين، فأكثرهم يقول: لا إرث لهما منها نظرا إلى أن الشك في تعيين المستحق كالشك في السبب[1].

وقيل: لهما معا، ميراث زوج واحد يقسم بينهما لتحقق الزوجية. والشك إنما هو في تعيين المستحق وهو لا يضر.

وبعبارة: محل الخلاف إذا كان بين العقدين ترتب وأما أن وقعا في زمن ولو شكا أو وهما فلا ارث اتفاق؛ لأنه يفسخ بلا طلاق كما فهو متفق على فساده، قاله «خ».

● ص:

وعلى كل من الصداق ما زاد على إرثه.

● ش:

هذا مبني على القول بعدم الإرث؛ يعني: أنها إذا ماتت وجهل الأحق فلا إرث لواحد منهما وعلى كل من صداقها ما زاد على إرثه إذ لو كان يرث، فإن ساوى

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في السبب) أي: سبب الميراث. اهـ.

صداقه لميراثه فلا شيء له ولا عليه وإذا زاد ميراثه على صداقه فلا شيء له وإن لم يكن لها مال غير الصداق دفعه كله للورثة ولا شيء له فيه ولا يدخل أحدهما في الصداق الذي على صاحبه هذا على القول بعدم الإرث.

وأما على القول بأنهما يشتركان في نصيب زوج فعلى كل الصداق كاملا لإقراره بوجوبه عليه للورثة فلا يستحق شيئا إلا بعد دفع ما أقربه فإن لم يكن لها شيء إلا الصداق وقع التوارث فيه بعد أن يدفع كل منهما ما عليه كاملا.

تنبيه:

محل غرم ما زاد من الصداق على الإرث إذا ادعى كل منهما أنه الأول فإن شكا فلا غرم على واحد منهما وإن شك أحدهما فلا غرم عليه ويغرم الآخر الزائد من الصداق على الإرث.

• ص:

وإن مات الزوجان فلا إرث ولا صداق واعتدت للوفاة إن فسخ بطلاق لا بغيره فالاستبراء بالدخول.

• ش:

يعني: أنه إذا مات الزوجان أو أحدهما قبل الزوجة مع جهل الأحق بها منهما فلا إرث لها منهما ولا صداق لها عليهما إن ماتا أو على أحدهما إن مات فقط؛ لأن سبب الإرث والصداق الزوجية ولم تثبت والفرق بين موتها وموتهما أن الزوجية في موتها محققة وكل يدعيها.

وأما في موتهما فلا يمكنها دعوى تحقيقها على كل منهما وعلى المرأة إذا ماتا عدة وفاة إن كان النكاح بفسخ طلاق وذلك حيث حصل الإقرار من الثاني بعد الدخول أو حصل نكاحهما في زمنين وجهل السابق.

أما إذا كان يفسخ بغير طلاق وذلك فيما إذا وقع العقدان بزمن واحد تحقيقا أو ظنا أو شكا أو وهما أو قامت بينة على علم أحد الثلاثة بأنه ثان فإنه لا عدة عليها؛ لأنه مجمع على فساده وإنما عليها الاستبراء أن دخلا أو أحدهما سواء حصل موت أو لا وهذا معني قوله: (لا بغيره)؛ أي: لا أن فسخ بغير طلاق فلا تعتد وإنما عليها

الاستبراء بالدخول منهما أو من أحدهما فإن لم يحصل دخول فلا استبراء عليها وهذا أحسن مما في «خ».

● ص:

وأعدليه[١] إحدى متناقضتين في الأولية ملغاة ولو صدقتها المرأة[٢].

● ش:

يعني: أنه إذا قام أحدهما بينة بأنه الأحق؛ لأنه الأول وأقام الآخر بينة تناقضها في الأولية بأن تشهد بعكسها وكانت البينتين المتناقضتين أعدل من الأخرى فإن أعدليه أحداهما ملغاة لا ترجح بها دعوا أحدهما ولو صدقتها المرأة وكذا غير العدالة من المرجحات الآتية في الشهادات لا تعتبر في باب النكاح لقيام زيارة العدالة أو غيرها من المرجحات مقام الشاهد الواحد وهو ساقط في النكاح وتسقط البينتان لتناقضهما، فالترجيح بمزيد العدالة إنما هو في غير النكاح كالبيع.

ولما كان النكاح الفاسد بالنسبة للفسخ وعدمه ثلاثة أقسام ما يفسخ قبل الدخول وبعده أن لم يطل وما يفسخ قبل الدخول لا بعده وما يفسخ أبدًا، شرع في ذكرها على هذا الترتيب وبدأ بنكاح السر فقال:

● ص:

وفسخ ما لم يدخل ويطل نكاح السر.

● ش:

(نكاح) نائب فاعل (فسخ)؛ يعني: أن نكاح السر باطل وإذا وقع فإنه يفسخ[٣] ما

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأعدليه... إلخ) أي: كما لو أقام أحدهما بينة أن نكاحه سابق ونكاح غيره لاحق وأقام غيره بينة على عكسه وكانت إحداهما أعدل من الأخري فإن زيادة العدالة كغيرها من المرجحات الآتية في باب الشهادات غير معتبرة هنا ولو صدقتها المرأة لقيام زيادة العدالة مقام شاهد وهو ساقط في النكاح دون غيره وحينئذ تسقط البينتان لتناقضهما وعدم مرجح هذا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو صدقتها المرأة) رد بلو على على قول أشهب من اعتبارها إذا صدقتها المرأة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه يفسخ... إلخ) وإنما فسخ؛ لأن الكتم من أوصاف الزنى فلما كان نكاح الموصي بكتمه شبيها بالزنى فتنة. اهـ.

لم يدخل ويطل أي مدة انتفا الدخول والطول معا بأن لم يدخل أو دخل ولم يطل، فإن دخل وطال لم يفسخ[١].

والطول هنا ما يحصل به النشو والظهور والاشتهار عادة لا بولادة الأولاد، والفسخ هنا بطلاق؛ لأنه مختلف فيه[٢] ولها المسمي بالدخول إن كان وإلا فصداق المثل.

تنبيه:

ما يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل ثلاث مسائل:

الأولى: مسألة نكاح السر هذه.

والثانية: مسألة اليتيمة إذا زوجت بدون الشروط.

والثالثة: مسألة الشريفة تزوج بالولاية العامة مع وجود خاص لم يجبر.

ونكاح السر هو ما أوصي فيه الزوج الشهود حين العقد بكتمه وإن عن زوجته[٣] يومين كما نص عليه اللخمي كما أشار له بقوله:

● **ص:**

وإن بكتم شهود فقط عن زوجته يومين.

● **ش:**

أي: أنه يفسخ نكاح السر وهو ما أوصي فيها الزوج وحده أو مع زوجته الجديدة أو وليها بالكتم هذا إذا كان الموصي بالكتم الشهود وغيرهم عن جميع الناس في جميع الأزمان وإن كان الموصي بالكتم الشهود فقط عن أهل منزل أو عن زوجة[٤] فقط يومين فقط فأيضًا الشهود فقط كإيضاء الكثير من الشهود وغيرهم.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لم يفسخ) أي: على المشهور خلاف لابن الحاجب حيث قال: يفسخ بعد البناء ولو طال. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مختلف فيه) وذلك لأنه رؤي أصحاب مالك أن هذا النكاح الجائز وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن عن زوجته) أي: القديمة. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عن أهل منزل أو عن زوجه) أي: أن نكاح السر هو ما أوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته أو عن جماعة. اهـ.

والكتم عن زوجته كالكتم عن جميع الناس والكتم في اليومين كالكتم في الأيام وإنما يضر الاستكتام من الزوج حال العقد واغتفر الاستكتام لخوف ساحر أو ظالم[1].

وأما أيضًا الولي فقط أو الزوجة فقط أو هما الشهود دون الزوج أو اتفق الزوجان والولي على الكتم دون إيصاء الشهود لم يضر وكذا إذا حصل الإيصاء بكتم الشهود بعد العقد فلا يضر؛ لأنه ليس بنكاح سر ويأمرون بإفشائه.

وأما قبل العقد فلا يضر كما يفيده «الش» و«دص» عن ابن عرفة خلافا لـ«دك» و«خ».

وقوله: (عن زوجته) أفاد به أنه لا يضر الكتم عن امرأة غيرها وهو ما يفيده ابن عرفة وظاهر كلام غيره أن لا فرق بين زوجته وغيرها ويضر الكتم عن إحدي الزوجتين أو الزوجان دون الباقي ولا يضر أيضًا الزوج الشهود بالكتم أقل من يومين ولا إيصاء شاهد واحد.

واعلم أنه متي أوصى الشهود بالكتم حتى ولو شهد فيه جماعة كثيرة إلا إذا أبقي منهم أثنين فأكثر بلا إيصاء فلا يضر.

وبعبارة: هذه المبالغة في كلامه وهي قوله: (وإن بكتم شهود) ذكرها الأصل واستشكالها شراحه بأنها تفيد أن إيصاء غير الشهود من نكاح السر وليس كذلك؛ لأن نكاح السر ما أوصي فيه الشهود خاصة بالكتم.

وأجيب: عنه بأن الواو للحال و(إن) زائدة وبأن مصب المبالغة قوله بعدها: (من امرأة[2]) وبأنه قصد بالمبالغة الرد على يحيى بن يحيى القائل بأن: نكاح السر هو أن لا يشهد فيه شاهدان قبل الدخول.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو ظالم) أي: يأخذ منه مال، فالكتم والوصية به خوفا من ذلك لا تضر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من امرأة) وحينيذ فالمعني وفسخ نكاح موصي بكتمه هذا إذا وصي الشهود بكتمه دائمًا عن كل أحد بل وإن أوصي الشهود بكتمه عن امرأة الزوج أو عن أهل منزل أو مدة أيام. اهـ.

و«المص» دفع هذا الاستشكال بقوله: (فقط) أي: أن نكاح السر ما أوصى فيه الشهود فقط وقصد بالمبالغة هذا القول أو جعلها منصبة على قوله: (عن زوجته).

● ص:

وعوقبا والشهود[١] أن تعمدوا.

● ش:

أي: وعوقب الزوجات إذا تواطأ على الكتم ويعاقب الشهود[٢] أيضًا ومحل ذلك في الجميع إن تعمدوا لا إذا وقع منهم جهلا[٣] أو تقليدا المن يرى ذلك كالشافعية والحنفية فأنهم حملوا نكاح السر المنهي عنه على ما لم يشهد عليه شاهدان

وقيل: يعاقبان ولو مع الجهل. وظاهره أنهم يعاقبون وإذ لم يحصل دخول[٤] ولكن المعول عليه أن المعاقبة إنما تكون بعد الدخول[٥] وإن لم يحصل فسخ ولا يعاقب الزوجان إلا إذا كانا غير مجبرين إلا فوليهما.

ثم أشار للقسم الثاني وهو ما يفسخ قبل الدخول فقط فقال:

● ص:

وما لم يدخل ما احتوى على مناقض العقد.

● ش:

قوله: (وما لم يدخل) عطف على قوله: (ما لم يدخل وبطل)، و(ما) فيهما مصدرية ظرفية، و(ما) موصولة أو نكرة موصوفة، و(احتوى) صلة أو صفة؛ أي: وفسخ مدة عدم الدخول العقد الذي احتوى أو عقد احتوى على شرط مناقض للمقصود من العقد.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والشهود) الأرجح فيه النصب على أنه مفعول معه لضعف رفعه عطفًا على ضمير الرفع لعدم الفصل، وكلام المصنف يؤذن أنه مرفوع. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: وقوله: (يعاقب الشهود) ولو شهدوا عند من يرى جواز ذلك؛ لأن الإنسان لا يجوز له أن يشهد إلا بما يجوز من مذهبه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (جهلًا... إلخ) أي: فلا عقاب عليهم. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن لم يحصل دخول) أي: لارتكابهم العصيان. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بعد الدخول... إلخ) أي: بأن طال الزمان. اهـ.

يعني: أن عقد النكاح إذا احتوىٰ علىٰ شرط يناقض المقصود من العقد فإنه يفسخ قبل الدخول وجوبًا[١] ويثبت بالدخول[٢] ويسقط الشرط ولها مهر المثل[٣] وإن كان فاسدا لعقده لما في هذا الشرط من التأثير في الصداق؛ لأنه يزيد[٤] وينقص لذلك[٥]، وذلك كشرط أن لا يأتيها أو تأتيه إلا نهارًا أو ليلا أو بعض ذلك أو كشرط أن يؤثر عليها ضرتها ولا يقسم لها في المبيت كان يجعل لضرتها ليلتين ولها ليلة وكشرط أن يؤثرها[٦] علىٰ ضرتها أو شرط أن لا يعطيها الولد[٧] فيفسخ في جميع ذلك قبل الدخول؛ لأنه نقيض ما يقتضيه العقد.

وكذا إذا وقع علىٰ شرط أن لا ميراث بينهما أو علىٰ نفقة معينة كل شهر[٨] أو يوم أو أن نفقتها عليها أو علىٰ أبيها أو شرطت عليه أن ينفق علىٰ ولدها[٩] أو علىٰ أن أمرها بيدها أو شرطت زوجة الصغير والسفيه أو العبد أن نفقتها علىٰ الوإلىٰ أو السيد[١٠].

---

(١) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (وجوبا) إنما قال ذلك لئلا يتوهم أن هذا النكاح لما كان يمضىٰ بالدخول يكون الفسخ فيه استحبابا يدفع ذلك التوهم بقوله: (وجوبا). اهـ.

(٢) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (ويثبت بالدخول) أي: عند ابن القاسم وهو المعتمد خلافا لمن قال: يفسخ ولو دخل. اهـ.

(٣) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (ولها مهر المثل... إلخ) أي: لا المسمىٰ وإن كان فاسدا لعقده، والقاعدة بأن ما فسد لعقده يمضي بالدخول بالمسمىٰ؛ لأن محلها ما لم يؤثر الشرط الموجب لفساد العقد خللا في الصداق وإلا مضىٰ بعد الدخول بصداق المثل. اهـ.

(٤) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (لأن يزيد... إلخ) لأنه إن كان الشرط كان الصداق كثيرًا وإن كان منهما كان قليلًا. اهـ.

(٥) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (لذلك) أي: لأجل ذلك الشرط. اهـ.

(٦) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (أن يؤثرها... إلخ) هذا يكون منها؛ أي: من وليها. اهـ.

(٧) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (يعطيها الولد) أي: حصل فراق لا تستحق حضانة الولد ولا تأخذه. اهـ.

(٨) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (كل شهر) أي: لاحتمال أن يطرأ ما يقتضىٰ أن لا تكفىٰ تلك المرأة النفقة كارتفاع سعر. اهـ.

(٩) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (أو ينفق علىٰ ولدها) أي: من غيره أو علىٰ أمها أو أختها. اهـ.

(١٠) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (أو السيد) إذ قد يموت السيد قبل انقضاء العصمة ولو شرط أنه إذا مات العبد رجعت علىٰ السيد جاز، وأنه إذا مات قبل انقضاء العصمة لرجعت علىٰ العبد جاز. اهـ.

فإن النكاح يفسخ في الجميع قبل الدخول ولا تبين فيه ويثبت بعده بمهر المثل ويسقط الشرط المناقض بعد الدخول في جميع ما مر وإذا شرطت حين العقد زوجة الكبير المالك أمر نفسه إذ نفقتها على غيره فالحكم كما مر إلا أن ترضى بكون النفقة على الزوج فيثبت النكاح كما قال ابن حبيب.

● ص:

أو خلل في الصداق.

● ش:

عطف على (مناقض)؛أي: فسخ ما لم يدخل ما احتوى على خلل في الصداق كما إذا أصدقها ما لا يملك شرعًا كمر وخنزير أو ما لاح بيعه كآبق ومجهول وغير منتفع به ونحو ذلك فيفسخ قبل البناء فقط ويثبت بعده بمهر المثل كما يأتي.

● ص:

أو بخيار إلا بالمجلس.

● ش:

قوله: (بخيار) متعلق بمحذوف معطوف على (احتوى) أي: وفسخ ما احتوى على ما سبق أو ما وقع بخيار... إلخ.

يعني: أنه يفسخ النكاح قبل الدخول إذا وقع بخيار يومًا أو أكثر كان الخيار لأحد الزوجين أو لهما أو لأجنبي ليتروى في ذلك ويثبت بعده بالمسمى إن كان وإلا فصداق المثل إلا خيار المجلس[1] فيجوز اشتراطه في النكاح دون البيع والباقي بخيار.

و(بالمجلس) بمعني على؛ أي: وفسخ ما لم يدخل إذا وقع على شرط خيار إلا على خيار المجلس فيجوز ولا يفسخ.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا خيار المجلس... إلخ) بحث فيه بعضهم بأن اشتراطه في البيع يفسده فأولى النكاح بل البيع أولى بالصحة؛ لأن الخيار عمدة فيه وأجاب بأن النكاح مبني على المكارمة فتسومح فيه ولا يتسامح في غيره.

تنبيه: لأرث في النكاح بخيار إذا حصل الموت قبل الدخول بخلاف المفتات عليها فإنها ترثه وإن كان لها الخيار؛ لأن الخيار لها من جهة الشريح لا من جهة المتعاقدين، كما هما. اهـ.

● ص:

أو على أن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به.

● ش:

قوله: (أو على) عطف على قوله: (بخيار) فهو متعلق بما تعلق به وهو العامل الذي قدرناه سابقًا؛ أي: وفسخ أيضًا ما وقع على أن لم يأت... إلخ؛ يعني: أنه إذا وقع العقد على شرط أن الزوج إن لم يأت بالصداق لكذا كآخر الشهر[١] فلا نكاح بينها وإجابة عند الأجل أو قبله فإنه يفسخ قبل الدخول[٢] ويثبت بعد الدخول بالمسمي إن كان وإلا فصداق المثل وأولى في الفسخ إن لم يجئ بالصداق أصلا كما في «الش» أو جاء به بعد الأجل إلا أنه في هاتين الصورتين يفسخ قبل وبعد أيضا كما في «عب» و«خ» بل ربما كانت هذه الأولوية تشير إلى ذلك.

● ص:

أو إعطاء جميل بالنفقة أو تحديدها.

● ش:

عطف على مجرور على السابق؛ أي: وكذا يفسخ قبل الدخول إذا وقع على شرط إعطاء جميل بالنفقة أو وقع على شرط تحديد النفقة بشهر أو يوم أو على تحديد الكسوة؛ لأن ذلك كله ليس دنيا متقررًا في الذمة بل يسقط بالعسر فيفسخ قبل ويثبت بعد ومحل الفسخ بإعطاء الجميل ما لم يبين أنه مات الحميل قبل البلوغ أو الرشد رجعت على الزوج وإلا جار اتفاقا ولو شرط سقوطها بموت... إلخ، الجميل ولا تعود على الزوج إلا ببلوغه أو رشده فسد اتفاقًا ولو تطوع بها متطوع بعد العقد جاز وسقطت بالموت؛ لأنها هبه لم تقبض ولو اختلفا في المطوع والشرط في صلب العقد فالقول قول مدعي الشرط للعرف. قاله «خ».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كآخر الشهر) أي: كما لو قال الوليد زوجتك مولكتي بصداق قدره كذا. فأتي به آخر الشهر فإن لم تأت به فيه فلا نكح بيننا، فقال: قبلت النكاح على ذلك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه يفسخ قبل الدخول... إلخ) أي: على الشهور وقيل: يفسخ أبدا دخل أو لم يدخل. اهـ.

● ص:

ولا يلزم شرط لا يقتضه العقد إلا بتعليق.

● ش:

تقدم أن الشرط المناقض للعقد يفسخ معه النكاح قبل الدخول ويثبت بعده ويلغي الشرط وذكر هنا أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يناقضه لا يلزم الزوج الوفاء به وإنما يندب فقط وهو مكروه لما فيه من التحجير ولا يفسخ به النكاح قبل الدخول ولا بعده وذلك كشرط أن لا يتسرىٰ عليها أو لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو من بيت أبيها أو نحو ذلك.

فقوله: (لا يقتضيه العقد)؛ أي: ولا يناقضه بقرينه ما سبق وهو أن المناقض للعقد يفسخ معه النكاح ومحل عدم لزوم الشرط الذي لا يقتضيه العقد إذا لم يعلق عليه طلاق أو عتق فإذا علق عليه ذلك لزم[١] كما إذا شرط لها إنها لا تخرج من مكان كذا وإن أخرجها منه فأمرها بيدها أو زوجته الأخرىٰ طالق أو فعبده حر.

وأما لشرط الجائز وهو ما يقتضيه العقد فظاهر اللزوم ولو لم يذكر في العقد كحسن العشرة[٢] وأجر النفقة فذكره وحذفه سواء.

ثم أشار للقسم الثالث وهو ما يفسخ مطلقًا فقال:

● ص:

ومطلقًا نكاح المتعة[٣].

● ش:

هو النكاح لأجل عين الأجل أو لا وفسخه بغير طلاق، وقيل به ويعاقب فيه الزوجان ولا يبلغ بهما مبلغ الحد، وقيل: بحدان والولد لا حق.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لزم) أي: وقع ما علقه عند وقوع المعلق عليه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كحسن العشرة) أي: كشرط حسن العشرة وألا يضربها في عشرة وكسوة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح المتعة) وقد تقرر الإجماع على منعه ولم يخالف فيه طائفة من المبتدعة وما حكي عن ابن عباس من أنه كان يقول بجوازه فقد رجع عنه. اهـ.

قال «خ»: وهل فيه المسمى بالدخول أو المثل؟ قولان.

ابن عرفة: ولو قيل بالمثل على أنه مؤجل لأجله[١] لكان له وجه.

اللخمي: لأحسن المسمي؛ لأن فساده في عقده[٢] ونكاح المتعة[٣] الذي يفسخ أبدًا ما كان الأجل فيه بتصريح الزوج فإن لم يصرح به فلا يضر علمها من حالة على الراجح[٤].

وبعبارة: حقيقة نكاح المتعة الذي يفسخ أبدًا أن يقع العقد مع ذكر الأجل للمرأة أو وليها وأما إذا لم يقع ذلك في العقد ولم يعلمها الزوج بذلك وإنما قصده في نفسه، وفهمت المرأة أو وليها المفارقة بعد مدة فإنه لا يضر وهي فائدة حسنه تنفع المتغرب وإذا أجل لها أجلا لا يبلغانه عادة كمائه سنة فهل يضر[٥]؛ لأنه في صلب العقد أو لا يضر بل يلغى كتعليق الطلاق على أجل لا يبلغانه في ذلك طريقان:

الأولى: لابن عرفه.

والثانية: لأبي الحسن.

وهذا معني قول «الش» وفي ضرر ما لا يبلغانه كما به سنة هنا؛ لأنه في صلب العقد ولغوه كتعليق الطلاق طريقًا، ابن عرفة وأبي الحسن وقوله: (هنا)؛ أي: في نكاح المتعة.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأجله) أي: المعين بينهما؛ لأن الصداق يقل ويكثر باعتبار ذلك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأن فساده في عقده) أي: لعقده لا يخص نه فاسد لعقده إلا أنه وجد فيه ما يؤثر خللا في الصداق وهو يوجب صداق المثل. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح المتعة) من نكح امرأة نكاح متعة ولم يتلذذ بها له أن يتزوج بأمها لأنه مجمع على فساده. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على الراجح) مقابله أنه يضر لما قاله بهرام. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فهل يضر... إلخ) والفرق بينه وبين عدم وقوع الطلاق على أجل لا يبلغه عمرهما أن المانع إذا وقع في العقد استند تأثيرًا من المانع الواقع بعده قاله ابن عرفة، وظاهر كلام أبي الحسن أن الأجل البعيد الذي لا يبلغه عمرهما لا يضر بخلاف ما يبلغه عمر أحدهما فيضر. اهـ.

● **ص:**

أو تزوجك بعد شهر.

● **ش:**

المعطوف محذوف أي أو نكاح قال فيه: (تزوجتك... إلخ) وهو معطوف على نكاح المتعة وهذا النكاح منقطع الأول عكس نكاح المتعة؛ لأنه منقطع الآخر.

والمعني أن النكاح يفسخ مطلقا أن قال لها في صيقه عقده: أتزوجك بعد شهر مثلًا. فرضت هي أو وليها وجعلا ذلك اللفظ هو الصيغة بحيث لا يأتيان غيره.

ولما تكلم على ما يفسخ مطلقًا وما يفسخ في حال دون حال كان المقام مظنه أسئلة أربع وهي أن هذا النكاح إذا فسخ فهل للمرأة شيء من الصداق أو لا؟ وهل الفسخ[١] بطلاق أو لا؟ وهل التحريم بعقده[٢] ووطئه أو لا؟ وهل فيه الإرث[٣] أو لا؟ فأجاب عن الأول بقوله:

● **ص:**

وفي دخول الفاسد المسمي إلا أن يؤثر خللا في الصداق فمهر المثل.

● **ش:**

(في دخول) جار ومجرور خبر مقدم و(المسمي) مبتدأ مؤخر؛ يعني: أن النكاح الفاسد لعقده إذا دخل فيه الزوج بالزوجة فإنه يفسده بعد الدخول ويجب على الزوج فيه المسمي إلا أن يؤثر خللا في الصداق فمهر المثل، وأما الفاسد لصداقه فمضى بالدخول بمهر المثل ولا يفسخ.

وبعبارة: كل نكاح فسخ بعد الدخول ولو متفقا عليه ولا يكون فساد إلا لعقده[٤] فقط أو لعقده وصداقه[٥] معا ففيه المسمي إن كان وحل، فإن لم يكن هناك مسمي

(١) جاء على هامش المخطوط: وقوله: (وهل الفسخ) أي: لكل نكاح فاسد سواء كان لعقده أو لصداقه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بعقده... إلخ) أي: يحصل بعقد النكاح الفاسد ووطئه أو؛ أي: أو يحصل به بوطئه فقط. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهل فيه الإرث) أي: وهل يحصل بالنكاح الفاسد الإرث أو لا. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا لعقده) كنكاح المتعة ونكاح المرأة على عمتها أو خالتها. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وصداقه... إلخ) بأن كان يوجب نقصا أو زيادة. اهـ.

كصريح الشغار أو كان ولكنه حرام لذاته كخمر وخنزير أو لو صفة كجهله أو عدم القدرة على تسليمه كآبق ففيه صداق المثل هذا إذا فسخ بعد الدخول.

وأما إذا فسخ قبل فأشار له بقوله:

● ص:

وما فسخ قبل الدخول لا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين[1] وفرقة المتلاعنين والمتراضعين فنصف المسمي.

● ش:

يعني: أن الفاسد إذا فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه للمرأة سواء كان متفقا على فساده[2] أو مختلفا فيه[3] وسواء كان فساده لعقده أو لصداقه أولهما إلا في ثلاثة مسائل فيجب فيه نصف المسمي:

الأولى: نكاح الدرهمين والمراد به ما نقص عند الصداق الشرعي ولم يكمله الزوج ففسخ قبل الدخول ففيه نصفهما وقيل: لا شيء فيه كغيره. ونكاح الدرهمين ليس فاسدا حقيقة فإطلاق الفاسد عليه يفسخ بدليل أن الزوج لو أتمه لم يفسخ.

الثانية: فرقة المتراضعين قبل الدخول كما إذا أدعي الرجل الرضاع مع زوجته فأنكرت الزوجة ففسخ قبل البناء فيجب لها نصف المسمي لاتهامه على أنه قصد فراقها بلا شي أما إذا صدقته فلا شيء لها لعدم التهمة وكذا إذا قامت بنية على الرضاع.

الثالثة: فرقة المتلاعبين قبل الدخول فيجب للمرأة المسمي، واقتحم لفظ فرقة؛ لأن أصل النكاح في ذلك صحيح وإنما طرأ عليه طارأ أذله فقوله: (فنصف المسمي) راجع للثلاث[4].

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح الدرهمين نصب عندهم نقص الصداق فيه عن ثلاثة ويراهم وربع دينار. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (متفقًا على فساده) كالخمر. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مختلفا فيه) أي: كالآبق. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (راجع للثلاث) وإذا ثبت الزنى بينه في المتلاعنين فلا يجزمه شيء لعدم اتهامه. اهـ.

تنبيه:

إذا مات أحدهما قبل الدخول في النكاح الفاسد فهل تستحق المرأة بالموت شيئا من الصداق أولا الحكم في ذلك أنه لا شيء لها بالموت قبل الدخول أن فسد لصداقه مطلقا أو فسد لعقده واتفق عليه كنكاح المتعة أو اختلف فيه، وأثر خللا في الصداق كالمحلل[١] أو على حرية ولد الأمة أو على أن لا ميراث بينهما فإن لم يؤثر خللا في الصداق كنكاح المحرم ففيه الصداق بالموت كما يأتي للرحم.

● **ص:**

ونقاض المتلذذ بها بالرأي.

● **ش:**

يعني: أن النكاح الفاسد إذا فسخ بعد التلذذ بالمرأة بدون وطئ فإن المرأة تعاض أي تعطي شيئا وجوبا بحسب رأي الإمام أو نائبة من غير تقدير بشيء معلوم ولا فرق في ذلك بين المتفق على فساده والمختلف فيه ومثل الفسخ الطلاق فتعاض إذا طلقها قبل الفسخ ولو متفقا على فساده، وكذلك الخصي إذا تلذذ بزوجته قبل علمها بأنه خصي وفارقته فإن زوجته تعاض لتلذذه بها.

وقوله: (وتعاض المتلذذ بها) يعني: إذا فسخ النكاح قبل الدخول فعلم من ذلك أن المراد بالدخول فيما سبق الوطئ لا التلذذ فقط.

ثم أجاب عن السؤال الثاني وهو هل الفسخ بطلاق أو لا؟ فقال:

● **ص:**

وفسخ المختلف فيه كمن محرم وشغار وولاية امرأة طلاق.

● **ش:**

فسخ بين العلماء ولو خارج المذهب طلاق حيث كان قويًا بأن قيل بصحته بعد الوقوع وإن لم يجئ ابتداء كما في الشغار إذ لا قائل بجوازه ابتداء، ومعنى كون

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالمحلل) لعل وجه كون نكاح المحلل يؤثر خللا في الصداق أنه لما كان لقصد به أباحتها لبائنها إباحة شرعية ولم تستوف فيه الشروط فيتساهل في قلة لصداق لقصد المزوج التحليل به فقط. اهـ.

الفسخ طلاقا أنه متي وقع حكم عليه بأنه طلاق ولو وقع من الإمام أو الزوج بغير لفظ الطلاق فقوله: (فسخ) الفاسد (المختلف) فيه. طلاق؛ معناه: أن الفسخ متي وقع كان طلاقا ولا يحتاج لا يقاع طلاق غيره وما ذكره إشارة إلى قاعدة كلية وهي أن كلما اختلف فيه ففسخه طلاق ولا يحتاج لحكم إن لم يحصل نزاع وإلا احتاج لحكم الحاكم.

وقوله: (كمن محرم... إلخ) أمثله للمختلف فيه؛ يعني: أنه إذا وقع النكاح من يحرم فإنه فاسد مختلف فيه سواء كان المحرم الزوج أو الزوجة أو الولي أو وكيل كل منهم، وكذا من المختلف فيه نكاح الشغار[1] ولو صريحا ومن المختلف فيه ولاية امرأة على عقد نكاح نفسها أو غيرها، فهذه المسائل الفسخ فيها طلاق ولم يذكر قول الأصل وعبد لقوله في توضحه لا أعلم فيه خلافا؛ أي: لا أعلم من قال بجواز كون العبد وليّا بخلاف المحرم وإنكاح المرأة نفسها فإنه لأبي حنيفة فولاية العبد عقد نكاح امرأة من المتفق على فساده لا من المختلف فيه خلافا لما يوهمه الأصل.

تنبيهات:

الأول: فسخ المختلف فيه طلاق سواء فسخ قبل الدخول وبعده.

الثاني: إذا احتاج هذا الفسخ الحكم؛ لأجل النزاع فيكون طلاقا بائنا لا رجعيا فإن عقد عليها شخص قبل الحكم بالفسخ لم يصح؛ لأنها زوجة وإذا لم يحتج لحكم لعدم النزاع بأن تراضيا على الفسخ فهل هو طلاق بائن؟ فلا يرتدف عليه طلاق آخر أو هو رجعي

وفائدة كونه رجعيا أنه يرتدف عليه طلاق ثانٍ وأن لم يكن عليها رجعه فرجعته من بعض الوجوه وهو الأرتداف فقط فلا يقال: كيف يكون رجعيا مع أن الرجعي شرطه حلية وطئه في عقد صحيح لازم؟ لأن ذلك في الرجعي الحقيقي الذي تترتب عليه جميع أحكام الرجعي من ميراث وتمكين من الرجعة وغير ذلك.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح الشغار) فمذهب مالك يقول بفساده والشافعي يقول بالصحة. اهـ.

الثالث: إذا قلنا أنه رجع ولا فائدة له إلا الأرتداف فقط فهل تحل له أختها مثلا قبل خروجها من العدة أو لا؟ احتياطا في الفروج وهو الأظهر.

الرابع: إذا عقد عليها آخر قبل الفسخ فعقده باطل ولو وقع قبل الدخول أما إذا كان النكاح مختلفا فيه بالفساد والصحة كما هو الموضوع، أما إذا كان مجمعا على فساده وعقد عليها قبل الدخول فعقده صحيح؛ لأن المجمع عليه منفسخ بذاته فهو كالعدم.

الخامس: إذا كان مختلفا فيه وجدد نفس الزوج الذي فسد نكاحه عليها عقدا قبل الفسخ فعقده صحيح قطعًا؛ لأنه إما تراضي على فسخ الأول أو تصحيح له وهل يلزم طلاقه نظرًا للعلة الأولى أو لا؟ يلزم نظر في ذلك «حش».

وبعبارة: فسخ المختلف فيه طلاق فإن أعاد العقد بعده صحيحا كانت معه بطلقتين وإن أعادة صحيحًا قبله استمر على ما هو عليه وسواء أعادة في المجلس أو بعده.

● **ص:**

وطلاقه قبله كهو ولا يلزمه في المتفق عليه.

● **ش:**

(طلاقه) مصدر مضاف لفاعله، و(هو) ضمير الزوج وضمير قبله للفسخ وكذا الضمير الذي دخلت عليه الكاف والضمير المستتر في يلزم راجع للطلاق والبارز ضمير الزوج.

والمعنى أن الزوج إذا طلق اختيار في النكاح الفاسد فإن طلاقه قبل الفسخ كالفسخ في جميع ما مر فإن طلق بعد البناء ففيه المسمى إن كان وإلا فصداق المثل وأن طلق قبله فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين... إلخ، ويلحق الطلاق بعده.

وأما المتفق على فساده فلا يلزمه فيه طلاق؛ لأنه منفسخ بذاتة ولا يحتاج لحكم حاكم.

وبعبارة: الطلاق في الفاسد كالفسخ فإن طلقها قبل الدخول فلا شيء لها إن كان فساده لصداقه أو لعقده وأثر حللا في الصداق كنكاح المحلل فإن كان فساده لعقده

ولا تأثير له في صداقه فلها نصف المهر كما سيقول «المص» وشطر تطليق المختلف فيه... إلخ، وإن طلقها بعد الدخول فلها المسمىٰ إلا أن يؤثر خللا في الصداق فمهر المثل ولا يلزمه الطلاق في المتفق عليه.

والحاصل: أن المتفق على فساده إذا طلق فيه الزوج اختيارًا لا يلزمه فيه طلاق وإذا فسخ ففسخه بلا طلاق دخل أو لم يدخل ولو قال الزوج أو الحاكم أو الولي: فسخته بطلاق. كما أن فسخ المختلف فيه بطلاق ولو قال من ذكر فسخته بلا طلاق ولا يحتاج فسخ المتفق عليه لحكم حاكم لعدم انعقاده من أصله وإنما هو مجرد فراق بخلاف المختلف فيه حيث امتنع الزوج من فسخه بنفسه فإنه يحتاج فسخه لحكم حاكم، فلو عقد عليها غيره قبل حكم الحاكم بالفسخ أو قبل رضي الزوج بفسخه لم يصح نكاحه؛ لأنه عقد على ذات زوج.

تنبيهان:

الأول: لا عدة على المرأة في الفاسد إذا فسخ أو طلق الزوج قبل الدخول أما بعد الدخول فالعدة من يوم الفسخ أو الطلاق.

الثاني: علم من قول «المص»: ولا يلزمه أي الطلاق في المتفق عليه أن من طلق قبل الفسخ يلزمه الطلاق في المختلف فيه.

ومن هنا مسألة يضل فيها كثير ممن يفتي بغير علم وهو أن الحرام المشهور فيه عند المصريين ثلاث بعد الدخول وجرىٰ العمل بالمغرب بطلقة بائنة والشافعية يرونه رجعية فيتفق أن يقع الحرام من شخص فيراجع له المفتي الشافعي ثم يطلق ثلاثا فيقول بعض من يدعي الفتوىٰ على مذهب مالك: لا يلزم الثلاث بناء على أن الحرام طلقة بائنة لا يرتدف عليه طلاق. وما درىٰ أنه لما راجعها على مذهب الشافعي صار معها في نكاح مختلف فيه فيلزم الطلاق وبعضهم يعلم الرجل إنكار الرجعة وذلك غير مخلص؛ لأنه إذا عاشرها معاشرة الأزواج لم يخرج من الخلاف؛ لأن بعضهم يرىٰ أن الجماع بمجرده يكون رجعة فليتقى الله المفتي. أفاده «حش».

ثم أشار لجواب السؤال الثالث وهو هل التحريم في الفاسد بعقده ووطئه أو لا؟ فقال:

● ص:

وحرم المختلف فيه كالصحيح.

● ش:

يعني: أن المختلف فيه يحرم على الأصول والفروع بعقده ووطئه كالصحيح فما حرم فيه الصحيح بالعقد حرم فيه المختلف فيه بالعقد وما حرم الصحيح فيه بالوطئ حرم فيه المختلف فيه بالوطئ فالتحريم في المختلف فيه يقع تارة بعقده كما لو تزوج محرم مثلا بامرأة حال إحرامه ففسخ نكاحه قبل الدخول بها فإنه يحرم عليه نكاح أمها دون بنتها؛ لأن العقد على البنت يحرم الأم في الصحيح والمختلف فيه مثله وتارة يقع التحريم بوطئه دون عقده كالصحيح الذي يحرم وطؤه أو التلذذ بمقدماتة كما لو تزوج المحرم امرأة فدخل بها ففسخ فإنه يحرم عليه نكاح أبنتها ولو فسخ قبله لم تحرم عليه وما ذكر «المص» إشارة إلى قاعدة كلية وهي أن كل مختلف فيه فالتحريم به للأصول والفروع كالصحيح.

وبعبارة: التحريم في المختلف فيه كالتحريم في الصحيح فالعقد الفاسد المختلف فيه يحرمها على أصوله وفصوله ويحرم عليه أصولها؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات لا فصولها؛ لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات فإن دخل بالأم حرمت البنت أيضًا.

وأما المتفق على فساده فالتحريم فيه على أصول زوجته وفروعها وتحريم زوجته على أصوله وفصوله إنما يكون بالتلذذ بها بوطئ أو مقدماته؛ أي: درء الحد فإن لم يدرء الحد فهو زنى ولا يحرم بالزنى حلال على الرجح.

وأما عقده فلا ينشر الحرمة؛ لأنه عدم وسيأتي ذلك.

ثم أجاب عن الرابع مشير إلى قاعدة أخرى فقال:

● ص:

وأوجب الإرث قبل فسخه إلا نكاح المريض والخيار.

● ش:

يعني: أن المختلفة فيه بوجب الإرث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل الفسخ

دخل بها أو لم يدخل فإن فسخ قبل الموت فلا إرث ولو دخل أو كانت العدة باقية؛ لأنه طلاق بابن كما تقدم واستثني من إيجاب الإرث قبل الفسخ مسألتين:

الأولى: نكاح المريض فلا إرث فيه بين الزوجين وإن كان مختلفا[1] في فساده سواء مات المريض منهما أو الصحيح؛ لأن علمنا فساده إدخال وإرث[2] دخل أو لم يدخل.

الثانية: نكاح الخيار[3] فلا أرث فيه إذا مات أحدهما قبل الفسخ؛ لأنه كان مستحلا كان كالعدم بمثابة تلف السلعة ومن الخيار فلا يوجب الإرث وأن مختلفا فيه.

واعلم أن نكاح المريض لا إرث فيه وإن كان لها المهر بالدخول كما يأتي وذلك عكس، نكاح التفويض إذا مات أحدهما قبل الدخول فإنه يثبت فيه الإرث ولا مهر لها فالقسمة رباعية وهي ظاهرة فتارة لا إرث ولا مهر وذلك في نكاح المريض إذا مات أحدهما قبل الدخول وتارة يجب المهر دون الإرث وذلك إذا مات أحدهما بعد الدخول وتارة يجب الإرث والمهر معا وذلك في نكاح التفويض إذا مات أحدهما بعد الدخول وتارة يجب الإرث دون المهر وذلك فيما إذا مات أحدهما في التفويض قبل الدخول.

وقولنا: عكس نكاح التفويض. أي من شخص صحيح وأما تفويض المريض إذا مات فيه أحدهما قبل الدخول فينبغي فيه الأمران المهر والإرث هذا حكم الإرث في المختلف فيه وأما المتفق على فساده فلا أرث فيه إذا مات أحدهما قبل فسخه لما علمت من أنه لم ينعقد بوجه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن كان مختلفا في فساده... إلخ) أي: لأن مذهب الشافعي صحته ومذهب مالك أنه فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يصح المريض منهما فلا يفسخ. اهـ

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إدخال وارث... إلخ) أي: هو قول يخص النبي ﷺ عنه، والأصل في النهي الفساد، وقوله: إدخال وأرث؛ أي: وهذا متحقق إذا مات المريض أو الصحيح. اهـ

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح الخيار) أي: فإنه لا إرث فيه إذا حصل الموت قبل الدخول وقبل الفسخ، أما لو حصل دخول فقد لزم. اهـ

تنبيه:

جملة ما ذكره «المص» في المختلف فيه ثلاث قواعد يجمع الثلاثة قاعدة واحدة وهي كل مختلف فيه كالصحيح في التحريم والإرث وفسخه بطلاق وأما المهر فقاعدته تجرى في الصحيح والمختلف فيه.

ولما ذكر التحريم في المختلف فيه شرع يذكره في المجمع عليه فقال:

● **ص:**

وإنما يحرم تلذذ المجمع عليه إن درا الحد.

● **ش:**

يعني: أن النكاح المجمع على فساده لا يحرم - أي: لا ينشئ - التحريم إلا تلذذه بوطئ أو مقدماته إن درأ الحد كما إذا عقد على خامسة أو على أم زوجته أو عمتها أو خالتها جهلا بالحكم فإن ذلك شبهه تدرأ الحد فلا ينشر الحرمة إلا إذا وطئ أو تلذذ فإن لم يدرأ الحد كما إذا عقد على الخامسة ونحوها عالما بالحرمة وتلذذ بها فهو زنى ولا يحرم بالزنى حلال على الراجح فيحل له أن يتزوج بأمها أو بنتها ولا ينشر عقده الحرمة الأولى فلا أثر لعقد المجمع عليه.

والحاصل: أن المجمع عليه[1] لا يحرم فيه إلا التلذذ مع شبهة تدرأ الحد وأما بلا شبهة فلا يحرم كمجرد العقد[2].

تنبيهان:

الأول: قوله: (إن يدرا الحد) مثل ذلك وطئ الرقيق في البيع الفاسد فيحرم كما لصبح.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أن المجمع عليه) أي: على فساده. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كمجرد العقد) يعني: أن العقد في النكاح المتفق على فساده لا ينشر الحرمة بل إنما ينشرها الوطئ إن درأ الحد كان يجهل الحكم في الخامسة، وأما لو علم الحكم كان زنى فيحد ولا يكون وطئه ناشرًا للحرمة إذا لا يحرم بالزنى حلال على المعتمد، ومقدمات الوطئ كالوطئ فإذا عقد على خامسة جاهلا للحرمة حل له أن يتزوج بأمها وبنتها ولا تحرم على أصوله وفصوله ولا أثر للعقد فإن وطئها أو تلذذ بها نشر الحرمة ويحرم عليه أصولها وفصولها وتحرم على أصوله وفصوله. اهـ.

الثاني، قولنا: لا يحرم بالزنى حلال. هو الراجح كما مر، وقيل: إن الزنى يحرم وهو مذهب الحنيفة فيحرم عندهم ولو بالمقدمات قالوا: إن تلذذ ببنت زوجته أو أمها حرمت عليه إلا أن ينزل فلا تحرم، وذلك لأن المقدمات إنما حرمت لكونها وسائل الوطئ والإنزال قطعها عن ذلك وصيرها شيئا منفردا.

قال «حش»: وقلت في ذلك:

على قبر نعمان هبت دائمة الرضى ... وعمت أهاليـة وجملة حزبه

همـوا حرمـوا عرسا إذا مس أمها ... بغير جمـاع بدأ شهـوة قلبـه

فلما جيء حر الوطيس بشهـوة ... وفأر وفاض المـأمن عين سكبـه

نفوا عنه تحريمًا فما السر أرشدوا ... فمتي في فتاويكم شفـا للبـه

وزاد أحمد حتى قال: من لاط بابن زوجته حرمت عليه.

وجواب هذا اللغز يؤخذ من قولنا في صدر العبارة: وذلك لأن المقدمات... إلخ.

● **ص:**

وشطر تطليق المختلف فيه وكمل موته حيث لا خلل في مهره.

● **ش:**

قوله: (وكمل موته)؛ أي: موت المختلف؛ أي: موت أحدهما فيه، وقوله: (حيث لا خلل في مهره) راجع للتطليق، والموت.

يعني: أن الزوج إذا طلق زوجته قبل البناء أو مات أحدهما قبل البناء في النكاح المختلف فيه قبل فسخه فإنه يشطر عليه الصداق بالطلاق ويتكمل عليه بالموت.

وهذا حيث لا خلل في مهره بأن كان فساده لعقده ولم يؤثر خللا في مهره كنكاح المحرم بتلك.

أما أن فسد لصداقه أو لعقده وأثر خللا في الصداق كنكاح المحلل فلا يجب للمرأة شيء بالموت والطلاق.

وأما المتفق على فساده فلا شيء في طلاقه قبل البناء، وأما بعده فلها المسمي أن كان وإلا فصداق المثل كالطلاق في المختلف فيه بعد البناء وقدمنا الكلام في ذلك بأبسط مما هنا.

● ص:

وإن تزوج الصغير بلا إذن وليه فله فسخه بالمصلحة فلا عدة بخلاف موته ولا مهر.

● ش:

يعني: أن الصغير إذا تزوج بغير إذن وليه(١) فإن الولي ينظر في ذلك بالمصلحة فإن كانت المصلحة في الإجازة أجازة وأن كانت في الفسخ(٢) فسخه فإن اشترت خير في الإجازة والفسخ وإذا فسخه فلا عدة عليها من وطئه؛ لأنه كلا وطئ بخلاف ما إذا مات قبل الفسخ فعليها عدة الوفاة ولو لم يدخل.

والفسخ هنا بطلاق؛ لأنه عقد صحيح غايته أنه غير لأزم ولا مهر بزوجة الصغير إذا فسخه وليه ولو أزال بكارتها؛ لأن وطئه كالعدم؛ ولأنها سلطته هي أو وليها على نفسها.

وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يكون لها في البكر ما شأنها، وجزم به أبو الحسن فلم يقل: وينبغي.

فإن قلت: لم صح عقد الصبي وتوقف على النظر ولم يصح طلاقه أصلا؟

أجيب: بأن الطلاق من قبيل الحدود لذلك تشطر على العبد وفي القرآن: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ﴾ [البقرة:٢٢٩] بعد ذكر الطلاق ولا حد على الصبي.

والنكاح من عقود المعارضات فينظر الولي في الأصلح، وأجاب القرافي بأن عقد النكاح سبب للإباحة والصبي من أهلها والطلاق سبب التحريم ولم يخاطب به وإنما يخاطب به وليه كزكاة ماله.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بغير أذن وليه) أي: سواء كان وليه ذكرا أو أنثى فإن لم يكن له ولي فالحاكم فإن لم يكن فالعقد صحيح. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن كانت في الفسخ فسخه) وإذا لم يرد الولي نكاح الصبي والحال أن المصلحة في رده حتى كبر وخرج من الولاية جاز النكاح. ابن راشد: وينبغي أن ينتقل النظر إليه فيمضي أو يرد ابن أحمد. اهـ.

● **ص:**

وان زوج بشروط فبلغ وكرهها فلة التطليق وفي لزوم نصف الصداق قولان.

● **ش:**

قوله: (زوج) بالبناء للمجهول ونائب فاعله ضمير (الصغير) أي زوجه وليه الذكر أو الأنثى على شروط وفي معني ذلك ما إذا زوج نفسه بالشروط وأمضي الولي تزوجه بها.

وقوله: (وفي لزوم نصف الصداق) تفريع في المعني على التخيير في التطليق؛ والمعني: أن الصبي إذا زوجه وليه على شروط أو زوج نفسه عليها وأجازها الولي.

وكانت الشروط تلزم لو وقعت من مكلف كان تزوج عليها أو تسرى فهي أو التي يتزوجها طالق ثم بلغ الصبي فإن رضي بتلك الشروط فواضح وإن كرهها فله البقاء فتلزمه وله التطليق فتسقط عنه ولا نقود عليه إن تزوجها وإن طلقها.

فهل يلزمه نصف الصداق هو أو من تحمله عنه أو لا يلزمه؟

قولان عمل بكل منهما كما في الأصل وفي «عب» أرجحهما اللزوم وتبعه محشي الخرشي، ونقشه «بن» بأن مفاد النقول ترجيح عدم اللزوم؛ أي: عدم لزوم نصف الصداق.

والموضوع أن التطليق قبل الدخول فإن دخل بها قبل البلوغ سقطت عنه الشروط ولو دخل عالما؛ لأنها مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط وإن دخل بها بالغا عالما لزمته الشروط وأن دخل بها قبل العلم فهل تلزمه الشروط أو تسقط عنه أو يخير كالصبي؟ أقوال ثلاثة وإن ادعى عدم العلم بها صدق بيمينه ومحل تخيير الصبي بعدم بلوغه ما لم ترضى[1] بإسقاط الشروط ولو محجورة وإلا فلا خيار له فإن طلق لزمه النصف اتفاقا.

ثم إنه استشكل قول «المص» كأصله فله التطليق بأن كل زوج له التطليق وله

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ما لم ترضى بإسقاط الشروط... إلخ) هذا إنما تأتي فيما إذا قال: إن تزوجت عليها فإنها بيدها. لا فيما إذا زوجت عليها فهي طالق للزوم الطلاق بمجرد وقوع المعلق عليه. اهـ.

البقاء فهذا لغوا من الكلام لا فائدة فيه.

وأجيب: بأن المعني فله التطليق كي يسقط عن نفسه الشروط بالمرة بحيث لا نعود عليه بعود الزوجة له ولو بقي من العصمة المعلق فيها شيء بخلاف البالغ إذا تزوج على شروط ثم طلقها ثم تزوجها فإن الشروط نقود عليه ما بقي من العصمة المعلق فيها شيء لا أن عادت بعصمة جديدة.

هذا فائدة تخيير الصبي إذا بلغ، واعترض الرماصي على الأصل وغيره تفريع الخلاف في نصف الصداق على التخيير في التطليق؛ لأن الذي يقول: له الفسخ. يقول: لا مهر لها. وذلك ثمرته، لكن رده «بن» قائلا: الحق مع «المص» والجماعة فانظره. أفاده «الش».

وقول «المص»: فله التطليق؛ يفيد أن فراقه بطلاق وهو المشهور، وقيل: بغير طلاق.

● **ص:**

والقول لها يمين أن العقد وهو كبير.

● **ش:**

يعني: أن المرأة إذا ادعت هي أو وليها أن العقد على هذه الشروط وقع وهو كبير بالغ فلا خيار له بل تلزمه الشروط وادعي الزوج إنها وقعت وهو صغير فله الخيار فالقول لها أو لوليها يمين وعليه أثبات ذلك، وأما أن صدقته على أن العقد وهو صغير وادعت عليه الرضى بعد البلوغ فالقول له وعليها الإثبات.

و(أن) يفتح الهمزة على حذف في الجارة[1] وبكسرها على إنها محكية بالقول[2] انظر «حش».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على حذف في الجارة) أي: في أن العقد محدد حذفه في مثل فعل مطردا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (محكية بالقول) إن كان ذلك اللفظ عين اللفظ الواقع من المرأة وإن كان معناه يجوز في الفسخ. اهـ.

● **ص:**

وإن تزوج رق وإن بشائبة بلا إذن تعين رد نكاح الأنثى وللسيد[1] رد الذكر بطلقة وهي بائنة[2] ولا يلزم زائداً وقعة.

● **ش:**

يعني: أنه إذا تزوج الرقيق القن أو من فيه شائبة حرية كمكاتب فمن دونه بغير إذن سيده فإن كان الرقيق أنثى تعين على السيد أو غيره رد نكاحها ولا يجوز إمضاؤه؛ لأنها ناقصة عقل ودين قل أن تصادف الصواب فسد فيها الباب.

وإن كان ذكرًا فللسيد؛ أي: المالك ذكرا أو أنثى[3] إمضاؤه ولو طال[4] الزمن بعد علمه وله الرد بطلقة وهي بائنة ولو لم يذكر السيد بينونة وهذه نكتة تصريح «المص» بالمبتدأ فمتى رد نكاحه بطلقة كانت بائنة لا رجعية لما يأتي من أن الرجعى إنما يكون في نكاح لازم حل وطئه وهذا ليس[5] بلازم فلو أوقع السيد أكثر من طلقة لم يلزم العبد ما زاد على الطلقة كما أشار لذلك بقوله: (ولا يلزم زائدا وقفه)، وقوله: (وللسيد رد الذكر) فيه حذف مضاف يدل عليه ما قبله أي رد نكاح الذكر.

● **ص:**

ووراثة مثله والقول للراد.

● **ش:**

يعني: أن وارث السيد مثله في تعيين رد نكاح الأنثى وفي الخيار بين الرد

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للسيد) اللام هنا تخيير فله رد ولو كانت المصلحة في الإجازة فإن السيد يجب عليه نقل المصلحة عبده. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهي بائنة) أي: بأن يقول: السيد طلعت زوجة عبدي فلان منه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أنثى... إلخ) أما إذا كانت مبعضة بعضها برق وبعضها حر كان له الخيار. قال بعضهم يتحتم الرد. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إمضاؤه ولو طال... إلخ) يقابله ما قاله أبو الفرج أنه يفسخ؛ لأنه نكاح فيه خيار وصححه الباجي. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهذا ليس بلازم) أي: بل هو منحل وإن كان صحيحا. اهـ.

والإجازة في نكاح الذكر والقول للراد من الورثة إن اختلفوا في الرد والإمضاء ومحل الخيار في الرد والإمضاء إن لم يعتقه أو ببيعه فإن باعه أو أعتقه مضي ولا كلام له، كما أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

فإن أعتقه مضيوليس للمشترى الفسخ بل إن لم يعلمه رده به فيخير البائع.

● **ش:**

يعني: أن السيد إذا باع رقيقه الذي تزوج بغير إذنه أو أعتقه مضى وليس لسيده خيار في رد نكاحه لزوال تصرفه بالعتق أو البيع كما إذا هبه وليس للمشترى فسخ نكاحه كالموهوب[1] له بل إن كان عالما بالتزويج حين الشراء فهو عيب دخل عليه وأن لم يعلم به فله التمسك به ولا يرد نكاحه وله رده به؛ أي: يعيب التزويج فإن رده يعيب التزويج فللبائع الخيار في رد نكاحه إن كان قد باعه غير عالم بالتزويج وإلا فلا رد له.

ثم شبه في خيار البائع بسبب الرد قوله:

● **ص:**

كان رده بغيره وهل إلا أن يرضى بالزواج فيغوم أرشه ويمضي خلاف.

● **ش:**

أي: كما يخير البائع أن رده المشترى بغير عيب التزويج؛ يعني: أن المشترى إذا رده بعيب آخر غير عيب التزويج فللبائع الخيار في رد نكاحه حيث لم يكن أطلع عليه قبل البيع وهل الخيار للبائع مطلقا سواء كان المشترى لم يطلع على عيب التزويج أصلا أو اطلع عليه ورضيه ورده بعيب آخر وحينئذ فليس للبائع الرجوع على المشترى بالأرش أو محل الخيار للبائع إذا لم يطلع المشترى على عيب التزويج ويرضى به فإن اطلع المشترى بعد الشراء على الزواج ورضي به ورده بعيب آخر غرم للبائع أرش عيب التزويج ومضى تزوجه فليس للبائع الأرش بناء على أن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالموهوب له) وينبغي أن الصدقة كالهبة والكتابة والتدبير بعد التزويج كالبيع. اهـ.

الرد ابتداء بيع والبائع مقهور على القبول.

والحاصل: أنه إذا لم يطلع المشترى على عيب التزويج ورده بعيب آخر فللبائع رد نكاحه أتفاقا حيث باعه غير عالم بالعيب وليس له على المشترى أرش وإن أطلع المشترى على التزويج ورضيه ورده بعيب آخر ففيه قولان:

أحدهما: أن البائع يرجع عليه بأرشه لأنه لما رضي به كأن حدث عنده وليس للبائع رد نكاحه لأخذ أرشه من المشتري.

والثاني: ليس للبائع الرجوع على المبتاع بأرشه وللبائع حينئذ رد نكاحه.

والأول مبني على أن الرد بالعيب ابتداء بيع والثاني مبني على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله.

● ص:

ولها بالدخول ربع دينار واتبعت الفار بما بقي إلا أن أسقطه عنه سيده أو الحاكم.

● ش:

يعني: أن السيد إذا رد نكاح عبده بعد دخوله بالزوجة بالغا فلها بالدخول ربع دينار في مال العبد إن كان له مال وإلا اتبعته به في ذمته وترد الزائد[1] عن ربع دينار إن قبضته سواء كانت حرة أو أمة.

وغير البالغ لا شيء لها عليه كمن لم يدخل ولو بالفار وإذا أخذت ربع دينار واتبعته بعد العتق بما بقي من الصداق[2] بعد ربع الدينار إن كان غارا حال التزويج بأنه حر.

وأما غير الفار فلا تتبعه بشيء على الراجح خلافا لما في الأصل ومحل إتباع الفار مما بقي بعد العتق إذا لم يسقطه عنه سيده[3] أو الحاكم قبل عتقه فإن أسقطه

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وترد الزائد) فإن كانت معدمه اتبعت به. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بما بقي من الصداق) أي: من المسمي ربع ينار وإنما تبقى بعد عتقها؛ وذلك لأن الحجر لحق السيد وقد زال بالعتق. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا لم يسقطه عنه سده... إلخ) فإن أسقطه عنه بأن قال: أسقطت ما بقي من الصداق عنك. فلا تتبعه المرأة بشيء إذا عتق وإنما جاز للسيد إبطاله عنه؛ لأن الدين بغير إذن السيد يجوز له إبطاله. اهـ.

سيده أو الحاكم عند غيبة السيد لم تتبع ذمته بشيء وإنما يكون الإسقاط في المكاتب بعد عجزه أما إذا غر وخرج حرا فلا يعتبر إسقاطهما عنه.

وبعبارة: محل إتباع الفار بالباقي إذا لم يبطله عنه سيد أو سلطان[1] قبل عتقه وإنما يعتبر إسقاطهما عن المكاتب حيث غر ورجع رقيقا لعجزه لا إن غر وخرج حرا فلا يعتبر إسقاطهما عنه.

● ص:

وأن امتنع ثم أجاز وقال: لم أرد فسخا قبل أن قرب ولم يتهم.

● ش:

يعني: أن السيد إذا كلم في إجازة نكاح عبده فأمتنع ابتداء من غير أن يقول: فسخت أو ردت نكاح. وإنما قال: لا أجيز. ثم أجاز بعد ذلك وقال: لم أرد بالامتناع فسخ النكاح. جزما بل مجرد توقف كره وغضب فإنه يقبل منه ذلك وتصح إجازته إن قرب زمن توقفه بأن كان دون الثلاثة أيام ولم يتهم بإرادة الفسخ أو لا؛ أي حين الامتناع.

أما إن بعدا أو اتهم في ذلك فسخ وليس له الإجازة وقولنا: وقال: لم أرد فسخ النكاح جزما. احترازًا مما إذا شك السيد في إرادته بالامتناع هل قصد به الفسخ أو لا؟ فإنه يحمل على الفسخ وليس له الإجازة.

وقوله: (امتنعه) مفهومه أنه إذا لم يمتنع أولا فله الإجازة ولو طال الزمن

● ص:

وأن تزوج السفيه بلا إذن نظر الولي وإن ماتت.

● ش:

يعني: أن السفيه البالغ إذا تزوج بغير إذن وليه فإن الولي ينظر في ذلك بالمصلحة فإن كانت المصلحة الإمضاء تعين وإن كانت في الفسخ تعين الفسخ بطلقة بائنة فإن استوت خير في الرد والإمضاء ولا شيء لها قبل البناء ولها بعده ربع

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو سلطان) أي: إذا رفع له الأمر عند عقبة السيد؛ لأن السلطان يذب عن مال الغائب. اهـ.

دينار فقط ولا يتبع إن رشد[١] بما زاد عليه ولزمه النكاح إن رشد ولا ينتقل له[٢] ما كان لوليه كما قيل بذلك وللولي النظر ولو ماتت الزوجة إذ قد يكون عليه من الصداق أكثر مما ينوبه من الميراث فإن أجازه بعد الموت لكون الإرث أكثر من الصداق ورثها.

● **ص:**

انفسخ بموته ولا ترثه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا مات السفيه انفسخ نكاحه شرعا لا لفسخ الولي؛ لأن ولايته انقطعت بموت المحجور فلا صداق لها[٣] ولا ميراث لها منه وسبق أنه يرثها إن أجاز فالولي بعد موتها وبها يلغز فيقال: زوجان أحدهما يرث والآخر لا يرث وهما حران ليس بهما مانع، وهذا المعني قول «الش» و«عب» وغيره ويلغزبها نكاح فيه الإرث من جانب فقط.

● **ص:**

وللمكاتب والمأذون تسر من مالهما بلا إذن.

● **ش:**

يعني: أنه يجوز للمكاتب والمأذون له في التجارة التسري من مالهما بلا إذن من سيدهما ولو منهما لا من مال السيد فلا يجوز لها.

وأما غير المكاتب والمأذون فلا يجوز له التسري ولو أذن السيد إلا أن يهبه الثمن أو يسلفه له وهو أحد طريقين.

وقيل: يجوز بإذن السيد وهي طريقة ابن رشد.

وبعبارة: يجوز للمأذون والمكاتب التسري من مالهما بلا إذن السيد.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يتبع إن رشد) أي: لا يتبعه بباقي الصداق إن رشد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا ينتقل له) أي: أنه إذا رشد قبل نظر وليه في نكاحه فليس له فسخه بل يثبت النكاح ولا ينتقل له ما كان لوليه من الإجازة والرد على الأصح وقيل: ينتقل. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلا صداق لها) أي: كاملا فلا ينافي أن لها ربع دينار إن دخل. اهـ.

وأما غيرهما فلا يجوز له وطء جاريته لو أذن له السيد أو وهبها له؛ لأنه يشبه تحليل الأمة[١] بخلاف ما إذا وهب له ثمنها أسلفه له فيجوز، ذكره «دك» واصله لـ«عبق» ولكن استبعد العدوي ما لـ«عبق» من أن السيد إذا وهبة الجارية لا يجوز له وطؤها؛ لأنه يشبه نكاح التحليل وقد يقال ما ذكره «عبق» مبني على غيره طريقة ابن رشد المتقدمة.

● ص:

ونفقة غير المكاتب ومهره في غير خراج وكسب.

● ش:

يعني: أن نفقة زوجة العبد الفقير[٢] المكاتب والمأذون والمبعض ومهرها تأخذها من غير خراجه ومن غير كسبه وغير هؤلاء الثلاثة شامل للقن والمدبر والمعتق لأجل.

وأما المكاتب فكالحر؛ لأنه أحرز نفسه وماله والمبعض في يومه كالحر وفي يوم سيده كالقن.

وأما زوجة المأذون فنفقتها ومهرها فيما بيده من ماله وربحه وموهوب له ونحوه دون مال سيده وربحه ودون غلته، فالمأذون إذ أتجر في مال سيده لا ينفق عليه منه ولا من ربحه؛ لأنه من الكسب، وأما إذا أذن له في التجر لنفسه فينفق من ماله وربحه؛ لأنه كمطية له، والخراج هو ما نشأ لا عن مال بل عن كإيجار نفسه في خاص أو عام كان نصب نفسه صانعًا فإذا قاطعه السيد كل يوم على درهم أو دينار مما ينشأ من عمله وعمل بأكثر مما قاطعه عليه فإنه ينفق عليها من الزائد والكسب ما نشأ عن مال اتجر به للسيد، كما مر.

وإنما كانت النفقة في غير الخراج والكسب؛ لأنهما للسيد وغيرهما كالعطايا من

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأنه يشبه تحليل الأمة) أي: لأن للسيد أن ينزعها منه فإذا أذن له في وطئها فقد أشبه تحليلها له. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نفقة زوجة العبد) وأما نفقة أولاده فعلى سيد أمهم إن كانت رقيقة وإن كانت حرة فعل بيت المال إن أمكن الوصول إليه والأخذ منه وإلا فعلى جماعة المسلمين. اهـ.

هبة أو صدقة أو وصية أو وقف ومثل ذلك الركاز. كما استظهره «دك».

وقوله: (ومهره) عطف على نفقة؛ أي: إن نفقة زوجة غير المكاتب ومهرها من غير خراج وكسب.

وقول «الش»: كالعطايا. مثال لغير الخارج والكسب.

ثم بالغ على أن النفقة والمهر من غير الخراج والكسب فقال:

● **ص:**

ولو جبره السيد على الزواج.

● **ش:**

يعني: أن نفقة غير المكاتب ومهر زوجته في غير خراجه وكسبه لا منهما ولا من مال للسيد وهذه المبالغة التي ذكرها «المص» أبلغ من قول الأصل ولا يضمنه سيد بإذن التزويج؛ لأن غاية ما يفيده كلام الأصل ففي ضمان النفقة والمهر عن السيد إذا أذن له في التزويج ولا يفيد ففي الضمان عنه إذا أجبره مع أن السيد لا يضمن ما ذكر ولو جبره على الزواج ولو باشر عقده فقد بر.

● **ص:**

إلا لعرف.

● **ش:**

هذا مستثني من أصل الكلام؛ يعني: أن نفقة زوجة غير المكاتب ومهرها من غير خراجه وكسبه إلا لعرف جار بأن الإنفاق والمهر من الخراج والكسب أو بأنهما على السيد فيعمل به وكذا يعمل بالشرط في المهر فقط، وأما الشرط في النفقة بأنها على غير الزوج فيضر في العقد كما مر.

تنبيه:

إذ لم يجر عرف بأن نفقة زوجة العبد من خراجه وكسبه ولا بأنها على السيد ولم يجد غير الخراج والكسب فإنه يفرق بينهما إلا أن ترضى بالمقام معه بلا نفقة أو يطوع بها أحد ولا يباع العبد في نفقة زوجته.

ولما كان الجبر على النكاح مخصوصا بالأنثى وجبر الذكر على سبيل التطفل

عليها مخصوص بأشخاص ثلاثة في ذكور ثلاثة على خلاف في أحدهم شرع في بيان ذلك فقال:

● ص:

وجبر المحجور غير السفيه في الأظهر على الزواج لمصلحة.

● ش:

(المحجور) نائب فاعل (جبر) وهو شامل للصغير والمجنون والسفيه فلذا استثناه؛ لأنه لا يجبر في القول الأظهر، وقوله: (على الزواج) متعلق بـ(جبر)، وقوله: (لمصلحة) متعلق أيضًا بـ(جبر)، والجابر: من له الولاية على المحجور من أب[١] أو وصي أو حاكم ومحل جبر الحاكم أو نائبه أن عدم الأولان أو بلغ رشيدا ثم جن ولو وجدا[٢] والوصي له جبر الذكر ولو لم يكن له جبر الأنثى[٣] على التحقيق.

قيل: لا يجبره إلا إذا كان له جبر الأنثى بأن يأمره الأب بالجبر أو يعين له الزوجة ولا بد من ظهور المصلحة في الوصي، وأما الأب فمحمول عليها كما في «الش».

والمعني: أن الأب أو الوصي أو الحاكم له جبر الصغير على الزواج لمصلحة كتزويجه من شريفة[٤] أو غنية أو بنت عم[٥] أو من يحفظ ماله، وكذا لمن ذكر جبر المجنون المطبق فإذا كان يفيق أحيانًا التطرق أفاقته ولا يجبر إلا لمصلحة اقتضت التزويج بأن خيف عليه الزنى أو الهلاك أو شديد الضرر فتحفظه الزوجة من ذلك وتعين الزواج لذلك.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من أب... إلخ) أي: كأخ وعم وغيرهما من الأولياء فلا يجبر واحد منهم صغيرًا ولا مجنونًا على المشهور، فإن جبر فقيل: يفسخ النكاح مطلقا ولو دخل وطال. وقيل: بالفسخ ما لم يدخل ويطل فإن دخل وطال ثبت. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو وجدا) أي: الأب والوصي؛ لأنهما لا ولاية لهما عليه والمراد المجنون الذكر لا الأنثى فلا يجبرها إلا الأب والوصي. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو لم يكن له جبر الأنثى) بأن قال له: أنت وصي على ولدي. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من شريفه) أي: لاكتساب الولد الشرف. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو بنت عم) أي: لأن شأنها الشفقة بابن عمها وهل بنت عم العم كذلك وهو الظاهر وأما بنت الخالة وبنت الخال فهل هما كذلك والعلة تفيده. اهـ.

وأما السفيه فلا يجبر على الأظهر من الخلاف[1] لأن له أن يطلق إذا جبر فلا فائدة في جبره ومحل الخلاف إذا لم يخف عليه الزنى ولم يترتب على تزويجه مفسدة فإن خيف عليه الزنى جبر قطعا وإن ترتب على الزواج مفسدة لم يجبر قطعا.

• **ص:**

والصداق[2] من ماله إلا أن يعدم ويزوجه الأب فعلى الأب ولو أيسر بعد أو اشترط ضده.

• **ش:**

يعني: أنه إذا زود المحجور لصغر أو جنون أو سفه على القول جبر السفيه فإن صداق زوجة المحجور من مال نفسه إلا إن كان معدما حين العقد بجميع الصداق أو بعضه وزوجة أبوه فالصداق كله أو بعضه على الأب ولو أيسر الولد بعد العقد ولو اشترط الأب ضد ذلك ولو مات الأب ويؤخذ من تركته.

أما إذا زوجه غير الأب من وصي أو حاكم فالصداق على الولد مطلقا أعدم حال العقد أو أيسر إلا لشرط كما يأتي.

والحاصل: أن المحجور إذا زوجه أبوه وأيسر المحجور بكل الصداق أو بعضه حال العقد فالصداق كلا أو بعضًا على المحجور ولو أعدم بعد إلا لشرط على الأب فيعمل به وإن أعدم حال العقد بالكل أو بالبعض فعلى الأب ما أعسر به ولو أيسر المحجور بعد ولو شرط الأب ضده بأن شرط أنه ليس عليه بل على المحجور ولا يعمل بشرطه ويؤخذ من تركةالأب إن مات؛ لأنه لزم ذمته فلا ينتقل عنها بموته.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من الخلاف) الجر لابن القاسم مع ابن حبيب وعدم الجر والوقف على من هنا هو مذهب المدونة وهو الأصح. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والصداق... إلخ) أي: إذا أجبروا على النكاح، والحاصل أن جبرهم الوصي أو الحاكم كان الصداق عليهم؛ أي: على المجنون والصغير والسفيه سواء كانوا معدمين أو موسرين لكن إن كانوا معدمين أُتبعوا به ما لم يُشترط ذلك على الوصي أو الحاكم وإلا عُمل به، وإن كان الذي جبرهم الأب فَصَدَاقُهُمْ عليه إن كانوا معدمين حين العقد، ولو مات الأب، ولو أيْسَرُوا بعد العقد ولو شرط الأب أن الصداق عليهم وإن كانوا موسرين حين العقد فعليهم ولو أُعدموا بعد العقد إلا لشرط على الأب فيُعمل به. اهـ.

وأما إن زوجة الوصي أو الحاكم فعلى المحجور مطلقًا إلا لشرط على الوصي أو الحاكم فيعمل به وإذا أعدم الأب والولد معا حال العقد فأشار له بقوله: ·

● ص:

وهل كذلك إن أعدما أو على أولهم يسارا وهو الظاهر خلاف.

● ش:

يعني: أنه إن أعدم الأب والمحجور معا حال العقد فهل يكون الحكم كذلك؟ وهو أن الصداق على الأب أو يكون على أولهما يسارًا وهو الظاهر كما أفاده العدوي خلاف فالضمير في (أعدما) عائد على الأب والمحجور وجع الضمير في قوله: (أولهم يسارًا) نظرا لأفراد المحجور.

● ص:

وأن تطارحه[1] أب ورشيد فسخ قبل الدخول ولو نكل أحدهما.

● ش:

الضمير المنصوب في تطارح راجع (للصداق)؛ ومعنى المطارحة: أن كل واحد من الأب والرشيد يريد أن يلزمه ذمة الآخر.

والمعنى: أن الأب إذا عقد لولده الرشيد بإذنه على السكوت فلم يبين الصداق على أحدهما ثم تطارح الرشيد والأب بأن قال الرشيد: أنت التزمت الصداق وما رضيت إلا أنه عليك. وقال الأب: إنما أردت أن يكون على ابني. أو قال[2] كل منها للآخر: أنا شرطته عليك. فإن كان التطارح قبل الدخول فسخ النكاح ولا مهر على واحد منهما إلا أن يلتزمه واحد منهما وإلا لزم من التزامه ولا فسخ[3].

وقوله: (ولو نكل أحدهما) مبالغة في الفسخ؛ أي: نفسه قبل الدخول مطلقا حلفًا أو نكلًا أو حلف أحدهما ونكل الآخر ولا يلزم الناكل شيء فعلى هذا لا ثمرة

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تطارحه) أي: طرحه كل منهما على الآخر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو قال كل للآخر... إلخ) هذا إنما يتصور إذا مات الشهود أو غابوا أو حضروا أو نسوا وإلا سألوا عما وقع عليه العقد. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا فسخ) بل يثبت النكاح ويلزم من التزامه. اهـ.

لتوجيه اليمين هنا أصلا؛ لأن ثمرة إلزام شيء بالنكول وهنا لم يلزم به شيء فلنا في البناني أن هذه الطريقة تقول بالفسخ قبل الدخول ولا يلتفت ليمين أصلا، الطريقة الثانية: تقول بتوجيه اليمين ويبدأ الأب بالحلف؛ لأنه المباشر للعقد.

وقيل: يقرع بينهما فإن حلفا فسخ النكاح وأن نكلا أو أحدهما ثبت النكاح ولزم المهر للناكل منهما فإن نكلا معا فعلى كل نصفه وهذه طريقة ضعيفة وأن ذكرها الأصل والراجح ما سبق وهو أنه يفسخ ولا مهر مطلقا حلفا أو نكلًا أو أحدهما.

ثم شرع بذكر ما إذا تطارحاه بعد الدخول فقال:

• ص:

وأن دخل برى الأب بيمين ولزم الزوج صداق المثل وحلف إن زاد المسمي.

• ش:

يعني: أنهما إذا تطارحا الصداق بعد الدخول فإن الأب يحلف أنه ما أراد إلا أن الصداق على أبنه وبرئ باليمن من الصداق ولزم الزوج صداق المثل ولو كان أكثر من المسمي؛ لأن التسمية صارت كالعدم كما في الخرشي، ولا يمين على الزوج أن كان صداق المثل قدر المسمي أو أكثر وإن كان صداق المثل أقل من المسمي حلف الزوج ليسقط عن نفسه زيادة المسمي عن صداق المثل كما أشار لذلك بقوله: (وحلف إن زاد المسمي)، أي: وحلف الزوج أن زاد المسمي عن صداق المثل.

ومفهوم قوله: برئ الأب بيمين أنه إذا نكل يغرم وهو ظاهر اللخمي.

• ص:

وأن أنكر من عقد له الأمر فسخ وحلف أن تواني ولزم إن تطاول ولا يمكن إلا بعقد وان نكل فزوجه.

• ش:

قوله: (أن أنكر) شرط جوابه (فسخ) و(من) موصولة فاعل (أنكر) والأمر مفعولة و(عقد) مبني للمجهول ونائب الفاعل ضمير يعود على (من) وهي واقعة على الابن الرشيد أو الأجنبي أو المرأة الغير المجبرة.

وما ذكره «المص» إشارة لقول المدونة ومن زوج ابنه البالغ المالك لأمر نفسه

وهو حاضر صامت فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن: ما أمرته ولا رضي صدق مع يمينه. وإن كان الابن غائبًا فانكر حين بلغه سقط النكاح والصداق عنه وعن الأب والابن والأجنبي في هذا سواء.

ومعنى كلامه رحمه الله: أن الأب إذا عقد لابنه الرشيد وادعى إذنه أو رضاه أو عقد رجل لأجنبي وزعم أمره أو رضاه أو عقد رجل لامرأة غير مجبرة وزعم أمرها أو رضاها.

والحال أن المعقود له حاضرا أو غائب على ظاهر «المص» فلا يخلو حال المعقود له من ثلاثة أحوال؛ لأنه أما أن ينكر الأمر أو الرضي فورا حين العلم وأما أن يتوانى لا جدا وإما أن يطول فإذا أقام فورا وبادر بالإنكار حين العقد إن كان حاضرًا أو حين بلغه الخبر إن كان غائبا وأنكر الأمر أو الرضي بأن قال: ما أمرت بذلك أو لا أرضى بذلك. فإنه لا يلزمه النكاح ويسقط الصداق عن العاقد والمعقود له ولا يمين عليه وأن توانى المعقود له حين علمه توانيا متوسطا فسخ النكاح وحلف أنه ما أمر ولا رضي بذلك وسقط الصداق عن العاقد والمعقود له.

وإلى هذا أشار بقوله: (فسخ وحلف أن تواني) ومفهومه أنه إذا أقام فورا لا يمين عليه وهو كذلك كما قدمنا وإذا نكل المتواني عن اليمين فهي زوجة له كما إذا أقامت عليه البينة بالأمر أو الرضى ويمكن منها بلا تجديد عقد حيث رجع عن إنكاره وإن تطاول المعقود له كثيرا بأن كان إنكاره بعد التهنأة والدعاء له بحسب العادة أو مضى زمن بعد العلم تقتضي العادة أنه لا يسكت فيه إلا عن رضى لزمه النكاح سواء كان المعقود له إبنا رشيدا أو أجنبيا أو أمراة.

فموضوع الكلام كله في المعقود له الشامل للثلاثة لكن المتطاول وإن لزمه النكاح لا يمكن من الزوجة إلا بعقد جديد نظرا لإنكاره ولو رجع عن الإنكار؛ لأنه يتهم في رجوعه ويلزمه نصف الصداق فلو قامت له بينه واستمر على الإنكار لم يمكن منها إن رجع لموافقة البينة مكن منها.

والحاصل: أن المعقود له من الثلاثة أن بادر بالإنكار حال العقد إن كان حاضرا عالما أو حال انتهاء العلم إليه إن كان غائبا أ حاضرا غير عالم بأن العقد له فإنه لا

يلزمه النكاح ولا يمين عليه وإن توانى متوسطا فسخ النكاح وحلف وسقط عنه الصداق فإن نكل فهي زوجة له ويمكن منها بلا عقد إن رجع عن الإنكار.

فقوله: (وإن نكل فزوجة) راجع لقوله: (وحلف إن تواني) فالمناسب تقديمه بلصقه وإن طال بحيث يعد راضيا في العرف لزمه النكاح ولكن لا يمكن منها بلا عقد جديد ولو رجع عن إنكاره إلا إذا قامت له بينه.

● ص:

ورجع نصف الصداق لملتزمة إن طلق قبل الدخول وجميعه إن فسخ.

● ش:

يعني: أن من التزم جميع الصداق لرجل ودفعه لزوجته ثم طلق الزوج قبل الدخول فإن الزوجة تستحق النصف من الصداق ويرجع نصفه الآخر للملتزم وإن فسخ النكاح قبل الدخول لفساده رجع جميع الصداق للملتزم وإنما رجع النصف بالطلاق والجميع بالفسخ للملتزم؛ لأنه تبرع على شيء لم يتم؛ لأنه التزامه على كونه صداقا ولم يتم مراده فلا حق فيه للزوج وإن فسخ بعد الدخول فللزوجة المسمي ولا يرجع منه للملتزم شيء كما إذا دخل بها الزوج ثم طلقها.

وقوله: (وجمعية) معطوف على (نصف الصداق)، وعبارة «المص» أخصر وأوضح وأجمع من عبارة الأصل.

ومعني كلام الأصل: أن الأب إذا زوج ولده وضمن له الصداق أو زوج ذوا قدر وجاه غيره وضمن له الصداق أو زوج رجل ابنته وضمن لها الصداق من الزوج ثم طلق الزوج في الجميع قبل البناء فإنه يرجع لكل من الثلاثة نصف الصداق وتأخذ الزوجة النصف الآخر[1] وإن فسخ قبل الدخول رجع جميع الصداق لكل من الثلاثة الضامنين.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تأخذ الزوجة النصف الآخر) فلو طلق الزوج قبل دفع الأب شيئا من الصداق لكان عليه نصف المهر لزوجة تتبعه به في حياته ومماته ولا يقال: إنها عطية. وهي تبطل بموت المعطي إذا لم تجز عنه؛ لأنا نقول: لما كانت في مقابلة عوض أشبهت المعارضة وكأن اشترى شيئا في ذمته. اهـ.

● ص:

ولا يرجع الملتزم على الزوج إلا لعرف.

● ش:

يعني: أن ملتزم الصداق لا يرجع على الزوج بما استحقته الزوجة من النصف قبل الدخول أو لكل بعده؛ لأنه إنما التزامه ليكون تبرعًا منه للزج إلا لعرف بأن من التزم الصداق لشخص يرجع عليه أو قرينة تدل على الرجوع فإنه يرجع عليه كما إذا التزم عنه الصداق بعد العقد أبعد الدخول فإنه يرجع على الزوج بجمعية إذا دخل وبما استحقته المرأة من النصف بالطلاق قبله وإنما رجع إذا التزم بعد العقد أو الدخول لا حين العقد ولا قبله؛ لأن الأصل فيما بعد العقد أو الدخول الحالة الضمان لا التحمل والتبرع، ولذا قال «الش»: كبعد الدخول؛ أي: لا يرجع على الزوج أن التزم بعد الدخول وكذا بعد العقد كما في الأصل إلا لعرف أو قرينة.

وقوله: (إلا لعرف) أولى منه الشرط فإذا شرط الوجوع رجع مطلقا كأن الالتزام قبل العقد أو فيه أو بعده ومن الشرط صريح الحمالة فإذا صرح الدافع بالحمالة كعليَّ حمالة صداقك فيرجع به مطلقا كانت الحمالة قبل العقد أو فيه أو بعده.

وأما إن لم يصرح بلفظ الحمالة[1] بل قال: أنا ضامن أو عليَّ أو عندي صداقه ونحو ذلك، فإن كان حين العقد أو قبله حمل عليَّ على الحمل والتبرع وإن كان بعده حمل على الحمالة؛ أي الضمان فيرجع.

● ص:

فإن لم يدفعه الملتزم فلها الامتناع حتى تأخذه.

● ش:

يعني: أن الملتزم إذا لم يدفع للزوجة ما التزمه من الصداق، فإن لها منع نفسها من الدخول والوطء بعده حتى تأخذه إن كان حالًا أصالة أو مؤجلًا وحل أجله سواء كان يرجع الملتزم على الزوج أو لا؛ لأن الزوجة لم تدخل على تسليم سلفتها مجانًا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الحالة) هي أن يدفع المهر من عنده على أن يرجع به بعد ذلك والتصريح بها كأن يقول: على حمالة صداقك. اهـ.

وإن كان نكاح تفويض فلها الامتناع حتى يقدر لها صداقًا.

وكذا إذا كان الصداق على الزوج، فلها الامتناع من الدخول والوطء بعده حتى تقبض ما حل أصالة أو بعد أجله.

● **ص:**

وللزوج الترك[1] مجانًا إلا حيث يرجع عليه الملتزم.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة إذا امتنعت من الدخول أو الوطء بعده حتى تأخذ صداقها من. الملتزم فإن الزوج له أن يتركها مجانًا بأن يطلقها ولا شيء عليه في الصداق في نكاح تسمية أو تفويض إلا في الحالة التي يرجع عليه فيها الملتزم فليس له الترك مجانًا بل أن طلق قبل الدخول غرم النصف وبعده غرم الجميع وتقدم أن الملتزم لا يرجع إلا إذا جرى عرف أو شرط أو صرح بالحمالة أو قامت قرينة على الرجوع أو التزم بعد العقد أو الدخول.

● **ص:**

ومضى[2] ضمان صداق الوارث من الثلث.

● **ش:**

يعني: أن المريض مرضًا مخوفًا إذا ضمن صداق زوجة أحد من ورثته فإنه يمضي من ثلثه ولا يبطل؛ لأنه ليس وصية للوارث وإنما مضى من الثلث فقط مع الرجوع به على المضمون؛ لأنه على صورة التبرع حيث وقع في المرض، أما إذا التزم الصداق لأحد الورثة في مرضه فوصية لوارث أو عطية له في المرض وهي باطلة والنكاح صحيح فإن قبضته من المريض الملتزم ردته.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الترك) أي: وله أن يدفع لها من عنده ويتبع به الحامل ولا يجبر على الدفع ولو كان له مال؛ لأنه لم يدخل على عزم شيء ولو كان الحامل عديمًا فمكنته من نفسها ثم مات فلا شيء على الزوج. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ومضى... إلخ) اعلم أن التزام المهر حل وحمالة وضمان فإن كان حملا فلا يرجع بما دفعه مطلقا وإن مات حمالة رجع مطلقا وإن كان ضمان رجع بعد العقد؛ لا إن كان قبله أو حينه. اهـ.

وإن كان الزوج كبيرًا وقد دخل بها أو صغيرًا ودخل بعمد بلوغه أتبعته الزوجة به.

وأما إن التزم الصداق لغير وارث كزوج ابنته[١] فالتزامه صحيح؛ لأنه وصية لغير وارث فيمضى في الثلث فإن زاد عليه ولم يجبره الوارث خير الزوج بين أن يدفعه من ماله أو يترك النكاح ولا شيء عليه.

ولما كانت الكفاية مطلوبة في النكاح طلبًا لدوام المودة بين الزوجين عقب «المص» ما ذكره من أركان النكاح بالكلام عليها فقال:

● ص:

والكفؤ من قارب في التدين والسلامة من العيوب وإن متفقا وغير شريف وأقل جاها وفي العبد خلاف.

● ش:

الكفاية لغة المماثلة والمقاربة[٢] والمراد بها المماثلة أو المقاربة في الدين، والحال وفي الحرية خلاف والمراد بالدين التدين؛ أي: كونه ذا ديانة احترازا من أهل الفسوق كالزناة والتبشيريين ونحوهم لا الدين بمعنى الإسلام لقوله الآتي: (ولها مع الولي تركها)، إذا ليس لهما تركة وتأخذ كافرا جماعا والحال معناه: السلامة من العيوب الموجبة للرد لا بمعنى الحسب[٣] والنسب[٤] بدليل قوله: وإن معتقا وغير

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كزوج ابنته الخراب) ولا يقضى لكون المال تأخذه ابنته التي هي وارثة له. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (المقاربة في الدين... إلخ) اعلم أن الأوصاف التي اعتبروها في الكفاية ستة أشار لها بعضهم بقوله: نسب ودين صنعه حرية فقد العيوب وفي اليسار تردد ذات ساواها الرجل في الستة فلا خلاف في كفائته وإلا فلا واقتصر المصنف على ما ذكر لقول القاضي عبد الوهاب إنها المماثلة في الدين والحلف أو المقاربة فيهما ولا يشترط فيها المماثلة في غير ذلك من باقي الأوصاف فمتي ساواها الرجل فيهما فقط أو قاربها على رأي شارحنا كان كفؤا. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الحسب) هو ما يعد من مفاخر الأباء والكرم والعلم والصلاح. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (النسب) بأن يكون كلا منهما معلوم الأب لا كون أحدهما لاقيطا ومولى إذ لا نسب له معلوم. اهـ.

شريف... إلخ.

و«المص» عرف الكفؤ المشتق من الكفأة ومعرفة المشتق تستلزم معرفة المشتق منه يعني أن الكفؤ هو المقارب لصاحبه في التدين أي التمسك بالدين وعدم الفسق وفي السلامة من العيوب الموجبة للخيار كالعمى والشلل فلا يضر غيرهما بلا شرط فمتى وجد فيه التدين؛ أي: المقاربة فيه، وفي السلامة من العيوب كان كفؤ أو لو كان معتقا أو غير شريف أو أقل جاها وغير الشريف هو الدنيئ في نفسه كالمسلماني ومجهول النسب أو في حرفته كالزبال والحمار والحلاق والأقل جاها معناه الأقل قدرا ومنصبا من الآخر كالجاهل بالنسبة للعالم والمأمور بالنسبة للأمير والفقير بالنسبة للغني والعتيق وغير الشريف والأقل جاها كفؤ للحرة الشريفة ذات الجاه لعدم اشتراط الحسب والنسب والمال في الكفأة.

واختلف في الحرية فقيل: تعتبر في الكفاءة فالعبد ليس كفؤا للحرة. وهو الراجح لتخيير بريرة حين عتقت فخيرها النبي ﷺ؛ ولأنه لا خلاف في العبد يتزوج الحرة من غير علمها أن ذلك عيب يوجب الرد وقيل: أن الحرية لا تعتبر في الكفأة فالعبد كفؤ للحرة، وظاهره أن الخلاف في العبد ولو عبد أبيها.

وقوله: من قارب في التدين أشار به إلى أنه لا يشترط المماثلة في التدين وهو التمسك بالدين وعدم الفسق ولا في السلامة من العيوب بل المدار على المقاربة فيهما فـ(السلامة) عطف على (التدين).

• ص:

ولها مع الولي تركها.

• ش:

أي: وللمرأ بكرا أو ثيبا مع وليها غير المجبر ترك الكفأ وتزويجها من فاسق سكير يؤمن عليها منه وإلا رده الإمام وإن رضيت به لحق لله حفظا للنفوس[1].

وكذا تزويجها من معيب لكن سيأتي في الخيار أن السلامة من العيب حق للمرأة فقط وليس للولي فيه كلام قاله «دك».

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حفظا للنفوس) أي: لوجوب حفظ النفوس. اهـ.

وبعبارة: وللزوجة مع وليها ترك الكفأة والرضي بعدمها والتزويج بفاسق أو معيب أو عبد فإن لم يرضيا معا فالقول لمن امتنع منهما وعلى الحاكم منع من رضي منهما وليس للأب جبر البكر على فاسق أو ذي عيب أو عبد فإن زوجها الفاسق أو ذي عيب أو عبد فلها الرد.

وقيل: أن تزويج الفاسق غير صحيح. ويتعين فسخه ورجحه جماعة وقال المغيرة: ليس العبد كفؤ الحرة ويفسخ النكاح.

وفرع «الش» على قول المتن: (ولها مع الولي تركها) قوله: فمتي امتنع واحد.

أجيب: ولا يجوز الرضي بفاسق الاعتقاد لئلا يجبرها[1] له؛ أي: لاعتقاده قال «حش»: ولا بفاسق الجارحة المضر كالشريب.

● ص:

وليس للولي[2] منع من زوجة ففارقها ثم رضيت به إلا لحادث.

● ش:

(منع) مصدر مضاف لمفعولة وهو (من) الموصولة وجملة (زوجة) صلة من الضمير المستتر في (زوجة) عائد على (الولي) والبارز عائد على (من)، والمستتر في فارق عائد على (من) والبارز عائد على الزوجة؛ أي: ليس للولي منع الشخص الذي زوجها له أولا ففارقها من تزويجها لها ثانيًا حيث رضيت به إلا لعيب حادث بالزوج فله منعه؛ يعني: أن الولي إذا رضي بغير كفؤ وزوجها له ثم فارقها بطلاق ثم أراد عودها له ثانيا ورضيت الزوجة بالعود له فليس للولي منعه في تزويجها ثانيا حيث لم يحدث به عيب غير الأول يوجب الامتناع؛ لأن رضاه أولا أسقط حقه من الامتناع ويعد عاضلا إن امتنع فإن حدث به عيب كأن زاد فسقه فله الامتناع.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لئلا يجبرها إلى اعتقاده) وهذا بناء على أنه غير كافرا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وليس للولي... إلخ) والحاصل: أن الولي إذا رضي بغير كفؤ وزَوَّجها منه ثم طلقها طلاقًا بائنًا أو رجعيًا وانقضت العدة وأراد عودها فرضيت الزوجة وامتنع الولي منه فليس له الامتناع حيث لم يحدث ما يوجب الامتناع ويعد عاضلًا، أما إذا كان الطلاق رجعيًا ولم تنقض العدة فهي زوجة فلا كلام لها ولا لوليها. اهـ.

● ص:

إن زوج أب مرغوبًا فيها لفقير فالراجح لا كلام للأم.

● ش:

يعني: أن الأب إذا زوج ابنته المرغوب فيها لمالها وجمالها لرجل فقير فالراجح من الخلاف أنه لا كلام للأم إلا لضرر بين كأن يزوجها من ذي عيب[١] أو فاسق أو عبد لعدم الكفأة فليس له جبرها فيكون لها حينئذ كلام بأن ترفع أمرها للحاكم ليمنعه من تزويجها منهم وما مشي عليه «المص» هو مذهب ابن القاسم واختاره سحنون وهو إحدى الروايتين عن مالك: وهي نعم لا أدرى لك متكلما بلا النافية. ومعني نعم على هذه الرواية أجيبك[٢].

وروى عنه أيضًا أن لها كلاما مطلقا لضرر أو لا بناء على أن الكفأة يعتبر فيها المال والجمال كالدين وهذه رواية الإثبات؛ أي: لا أرى لك متكلما وحاصل ذلك أنه قال في المدونة: أتت امرأة مطلقة إلى مالك فقالت: أن لي ابنه في حجري موسرة مرغوبًا فيها فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له فقير أفترى لي في ذلك متكلما. قال: نعم أني لأرى لك متكلما فروى قوله: أني لأرى لك متكلما بالإثبات[٣].

وروي أيضًا بالنفي؛ أي: لا أرى لك متكلما، ومعني نعم على رواية النفي نعم أجيبك ومتكلما بفتح اللام المشددة أي كلاما.

ثم شرع في بيان من يحرم نكاحه أصالة فقال:

● ص:

وحرم أصوله وفصوله ولو من زنى.

● ش:

يعني: أنه يحرم إجماعا على الشخص ذكرا أو أنثى أصوله وهو كل من له عليه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من ذي عيب) أي: كجنون أو جذام أو برص. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أجيبك) أي: أجيب سؤالك. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالإثبات) أي: على أنه تأكيد لقوله: نعم. قال بعضهم: ورواية الإثبات أصح. اهـ.

ولادة وإن علا فيحرم على الذكر أمه وأمها وإن علت وأم أبيه وأمها وإن علت وأم أبي أمه وأم أبي أبيه وإن علت، ويحرم على الأنثى أبوها وأبوه وإن علا وأبو أم أبيها وأبو أمها وإن بعد وأبو أم أمها وإن علا.

وكذا يحرم على الشخص ذكرا وأنثى فصوله وأن سفلوا فيحرم على الذكر بنته وإن سفلت وعلى الأنثى أبنها وإن نزل.

وقوله: (أصوله وفصوله)؛ أي: من النسب، وأما من الرضاع فسيأتي وبالغ على حرمة الفصول بقوله: (ولو من زنى) وما قبل المبالغة الفصول من نسب أو شبهة فمن زنى[١] بامرأة فحملت منه ببنت فإنها تحرم عليه تلك البنت وعلى أصوله وفروعه فليست أجنبية ولا ربيبة وإن حملت منه بذكر حرم على صاحب الماء[٢] أن يتزوج ببنته وتحرم أيضًا هذه البنت على أصوله وفروعه كما تحرم على الذكر تزوج فروع أبيه[٣] من الزنى وأصوله.

● **ص:**

وزوجتهما.

● **ش:**

ضمير التنبيه راجع للأصول والفصول الذكور والإناث والزوج صادق بالذكر والأنثى؛ يعني: أنها تحرم زوجة الأصول الذكور على الفروع الذكور وتحرم زوجة

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فمن زني ببنت... إلخ) وقال ابن الماجشون: لا تحرم البنت التي خلقت من الماء المجرد عن العقد وعما يشبهه من الشبهة على صاحب الماء وبه قال الشافعي؛ وذلك لأنها لو كانت بنتا لورثته وورثها وجاز له الخلوة بها وإجبارها على النكاح وذلك كله منيف فصارت أجنبيه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حرم على صاحب الماء... إلخ) ومثل من خلقت من مائه من شربت من لبن امرأة زنى بها إنسان فتحرم تلك البنت على ذلك الزاني الذين شهربت من مائه.

فرع: من زني بحامل لا يجوز له أخذ بنتها التي تلدها بعد الزنى؛ لأن زرع غيره سقي بمائه وأما المخلوقة من الماء أخيه فلا تحرم؛ لأنها بمنزله الربيبة لا بمنزله بنته وهو أحد قوالين ورجحه بعضهم. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فروع أبيه... إلخ) أي: الكائن ذلك الأب من الزنى. اهـ.

الفروع الذكور على الأصول الذكور.

وكذا يحرم زوج الأصول الإناث[١] على الفروع الإناث وزوج الفروع الإناث[٢] على الأصول الإناث.

فقوله: وزوجها أشمل من قوله الأصل: (وزوجتهما) بإثبات التاء؛ لأنه لا يشمل الصورتين الأخيرتين وفي بعض نسخ «المص» إثبات التاء كالأصل.

وبعبارة: يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة أحد من أبائه وإن علوا أو امرأة أحد من أبنائه وإن سفلوا ويجوز أن يتزوج أم زوجة أبيه وأبنه زوجة أبيه[٣] التي لم ترضع بلبان أبيه ويحرم على المرأة زوج أمها أو جدتها وإن علت وزوج بنتها وإن سفلت.

● ص:

وفصول أول الأصول.

● ش:

يعني: أنه يحرم على الشخص ذكر أو أنثى فصول أول أصوله وهم الأخوة والأخوات من جهة الأب أو الأم وإن سفلوا.

وبعبارة: يحرم على الشخص فصول أبيه وأمه وهم إخوته وأخواته الأشقاء أو لأب أو لأم وإن سفلوا فأول الأصول الأب والأم وفصولهم الإخوة والأخوات وإن سفلوا.

● ص:

كأول فصل من كل أصل.

● ش:

تشبيه في التحريم؛ أي: وكذا يحرم على الشخص أو فصل فقط من كل أصل من

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (زوج الأصول الإناث) أي: فلا يجوز للمرأة أن تتزوج بزوج أمها ولا بزوج أمهات أمها ولا بزوج أم أبيها ولا بزوج أم جدها ولا بزوج أمهاتها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وزوج الفروع الإناث... إلخ) أي: فلا تتزوج المرأة بزوج بنتها ولا بزوج بنات بنتها وإن سفلن. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وابنه زوجة أبيه... إلخ) أي: من غيره إذا ولدتها أمها قبل التزوج بأبيه فتحل له إجماعًا، وأما إذا ولدتها أمها بعد أن تزوجت وفارقته، فقيل: بحلها وهو المعتمد وقيل بحرمتها وثالثها يكره نكاحها. اهـ.

جهة الأب أو الأم كالأعمام والعمات والأخوال والخالات وعم الأب وعمة الأب وإن علا وخال الأم وخالة الأم وإن علت الأم بخلاف ذرية أول فصل من كل أصل فلا تحرم فتحل بنت العم والعمة وبنت الخال والخالة.

فقوله: (كأول فصل من كل أصل) يعني: غير الأصل الأول؛ وأما فصل الأصل الأول فهم حرام وإن سفلوا.

وبعبارة: يحرم الفصل الأول خاصة من كل أصل ما عدا الأصل الأول؛ لأن الأصل الذي قبل الأصل الأول هو الجد الأقرب والجدة القربى وابن الجد المذكور عم أو خال وابنه عمة أو خالة وابن الجدة المذكورة عم أو خال وابنتها عمة أو خالة وهو لا أول الفصول والتحريم مقصود عليهم وأما أولادهم فهم حلال وأما فصول الأصل الأول فحرام وإن سفلوا.

تنبيه:

ذكر البناني ضابطا لطيفا وهو أن أسماء القرابة تارة تكون مركبة من الطرفين كابن العم وبنت العم وتارة تكون مفردة فيها كالأخ والأخت وتارة تتركب من جهة المرأة فقط كبنت الأخت والخال وتارة تتركب من جهة المرأة فقط كابن أخت وخاله والمباح من ذلك القسم الأول فقط وهو المركب من الطرفين.

• ص:

وأصول من عقد عليها.

• ش:

عطف على فاعل (حرم) السابق؛ أي: حرم على الشخص أصول زوج عقد عليها وإن لم يتلذذ بها؛ يعني: أن من عقد على امرأة حرمت عليه أصولها وهن أمهاتها وإن علون عن من قبل الأب أو من قبل الأم من نسب أو رضاع لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء:٢٣].

ولا فرق بين أن يدخل بالزوجة بعد العقد أو لا وإنما حرمت أصولها بالعقد وأن لم يدخل بها؛ لأن القاعدة أن العقد على البنات يحرم الأمهات بخلاف العكس المشار له بقوله:

● **ص:**

كفصولها إن تلذذ.

● **ش:**

أي: وكذا يحرم عليه فصول من عقد عليها وهن بناتها و إن سفلت، إن تلذذ بها؛ يعني: أن من عقد على امرأة حرمت عليه فصولها مباشرة أو بواسطة أن تلذذ بالمعقود عليها فلا يحرم البنات إلا الدخول بالأمهات لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [النساء:٢٣]؛ أي: في نكاح الربيبة والمراد بالدخول التلذذ ولو بغير جماع كما فسره الإمام، والربيبة هي بنت الزوجة فإن عقد عليها وفارقها قبل أن يتلذذ بها فلا تحرم عليه بنتها.

وقوله تعالى: ﴿ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء:٢٣] خرج مخرج الغالب لا مفهوم له إذا الربيبة تحرم ولو لم تكن في الحجر.

ثم بالغ على تحريم الفصول بالتلذذ بالأم فقال:

● **ص:**

ولو بعد موتها أو بشبهة.

● **ش:**

يعني: أن من عقد على امرأة وتلذذ بها حرمت عليه فصولها ولو كان تلذذ بها بعد موتها وأولى إن تلذذ قبل موتها.

وقوله: (أو بشبهة) في حيز المبالغة يعني: أن من عقد على امرأة وتلذذ بها فإنها تحرم عله فصولها وأصولها هذا إذا تلذذ بنكاح كان وطئها مثلا بل ولو تلذذ بشبهة نكاح فإذا اشتبهت عليه امرأة بزوجته فتلذذ بها فإنه يحرم عليه بناتها وأماتها على الرجح مما في الأصل سواء تلذذ من بنت الزوجة بوطئ أو مقدماته.

وكذا إذا حاول تلذذ بزوجته فقط في أمها فإنها تحرم عليه زوجة والتحريم حاصل كأن حاول تلذذ بزوجته في ظلام مثلا فالتذ بابنتها منه أو من غيره ظانا إنها زوجته فإنها تحرم الأم وهي زوجته كما في «الش» ولو كان غلطة في أم زوجته أو

بنتها بمجرد اللمس وبها يلغز فيقال: شخص لمس أخرى فتأبد تحريم زوجته عليه ولا يصح جواب هذا اللغز بمن علق الطلاق الثلاث على اللمس؛ لأن هذه لا يتأبد تحريمها عليه بل تحل له بعد زوج.

وفي «خ»: من وطئ أخت زوجته غلطا حرمت بناتها على زوج أختها الواطء لها؛ لأن ذلك من وطئ الشبهة، وأما الزنى ففيه خلاف والراجح أنه لا ينشر الحرمة كما سبق فإذا زنى بامرأة جاز له أن يتزوج بفروعها أو أصولها ولأبيه أو ابنه أن يتزوجها، واللواط بابن زوجته لا ينشر الحرمة عند الأئمة الثلاث خلافا لابن حنبل والثوري كما في «خ» وإن تلذذ بأم زوجته أو بنتها عمدا جرى على الخلاف في الزنى هل ينشر الحرمة أو لا؟

تنبيه:

علم قررنا في صدر العبارة أن ما قبل المبالغة التلذذ فيه بنفس الزوجة وما بعدها التلذذ بغيرها من أم أو بنت بسببها؛ أي: سبب ظنه أن غيرها هي، فلله در «المص» حيث لم يقل فيما سبق: إن تلذذ، بل حذف الجار والمجرور ليشمل التلذذ بها وهو ما قبل المبالغة والتلذذ بغيرها وهو ما بعدها.

وأما لو ذكر الجار والمجرور لأفاد أن المتلذذ بها بالشبهة هي نفسها وهو فاسد؛ لأن المتلذذ به غيرها بسببها كما علمت فتدبر.

ثم عطف على المبالغة قوله:

● **ص:**

وأن ينظر لغير الوجه والكفين.

● **ش:**

يعني: أن من عقد على امرأة وتلذذ بها فإنها تحرم عليه فصولها إن تلذذ بها بجماع أو مقدماته كقبله أو مباشرة بل وإن تلذذ بها بنظر فقط لغير الوجه والكفين كالشعر والبدن والساقين إن وجد لذة ولو لم يقصد؛ كأن قصد فقط.

وأما التلذذ بالنظر للوجه والكفين فلا يحرم بل المحرم فيهما التلذذ بالمباشرة والقبلة.

والحاصل: أن التلذذ بالجماع والقبلة والمباشرة يحرمك في الحياة وبعد الموت وفي جميع أجزاء البدن حتى الوجه والكفين.

وأما النظر فيحرم فيما عدا الوجه والكفين في الحياة وبعد الموت إن وجد لذة قصدها أو لا، لا إن قصد ولم يجد، وأما في الوجه والكفين فلغو.

تنبيه:

فإن قلت: ما الحكمة في أن العقد على البنات يحرم الأمهات ولا يحرم البنات إلا التلذذ بالأمهات؟

قلت: قال «خ»: الحكمة في ذلك أن الأم اشد برا بابنتها من الابنة بها فلم يكن العقد كافيا في بغضها إلا بنتها إذا عقد عليها لضعف ميلها للزوج بمجرد العقد وعدم مخالطته في التحريم إضافة الدخول وكان ذلك كافيا في الابنتة لضعف ودها لأمها وميلها للزوج.

● **ص:**

كالأمة.

● **ش:**

هذا تشبيه في التحريم بالتلذذ أصولا وفصولا؛ يعني: أن من ملك أمة وتلذذ بها ولو بعد موتها ولو بشبهة أو نظر لغير الوجه والكفين فإنه يحرم عليه أصولها وفصولها كالزوجة وتحرم هي على أصوله وفصوله فشبهة الملك مثل الملك ولا بد في التحريم من بلوغه.

وأما الأمة فلا يشترط فيها البلوغ ولا إطاقة الوطء فتلذذ البالغ بالصغيرة جدا كاف في التحريم وأما مجرد الملك فلا يحرم على سيدها أصولها وفصولها ولا تحرم هي على أصوله وفصوله إلا إذا تلذذ بها.

فإن قلت: إن عقد الأب في النكاح يحرم على الابن وعقد الابن يحرم على الأب وعقد الملك لا يحرم سببًا فما الفرق؟

قلنا: الفرق أن الملك ليس المبتغى منه الوطئ وإنما المبتغي منه الخدمة والاستعمال بخلاف النكاح.

● ص:

وحرم عقد الصبي لا وطئه ولو راهق.

● ش:

يعني: أن عقد الصبي يحرم كعقد الكبير مراهقا أو لا لكن فيما التحريم فيه بالعقد كتحريم الأم بالعقد على البنت وأما فيما يتوقف فيه التحريم على التلذذ كتحريم البنت بالتلذذ بالأم فلا يحرم فيه وطء الصبي ولو راهق على الراجح فلا يحرم عليه فصول موطوئته بخلاف الصبية فإن بوطئها يحرم من ستلدها في المستقبل.

والحاصل: أن ما التحريم فيه بالعقد يعتبر فيه عقد الصبي وأما ما التحريم فيه بالوطئ فلا يعتبر فيه وطئ الصبي وأما وطء الصبية فيحرم أصولها وفصولها كالكبيرة والعقد عليها كالعقد على الكبيرة.

وبعبارة: إذا عقد الصبي على امرأة حرمت على أصوله وفصوله ويحرم عليه أصولها وأما وطئه فلا يحرم فصول موطوئته ولو راهق.

● ص:

وإن ورث أمة أبيه ولم يتحقق ندب التنزة كأن أدعاه أو العقد وأنكر الابن وفي وجوبه إن فشا خلاف.

● ش:

يعني: أن من ورث أمة أبيه أو أبنه أو اشتراها ولم يتحقق هل وطئها الأب أو الابن أو لا؟ فإنه يندب له التنزة عنها[1] وكذا إذا باعها ثم غاب قبل أن يسأله، وظاهره أنه لا فرق بين العلى والوحش.

وقال اللخمي: يحرم وطئ العلى ويندب في الوحش أن لا يصيب. وقال ابن حبيب بالحرمة في العلى والوحش.

وقوله: (كأن أدعاه أو العقد) تشبيه في ندب الفترة؛ يعني: أن الأب إذا ادعى الوطئ أو التلذذ بأمة عند قصد الابن ملكها والتلذذ بها وأنكر الابن ما قاله الأب

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه يندب له التنزة عنها) أي: التباعد عنها. اهـ.

فإنه يندب ل التنزة عنهـا سواء قصد ملكها بشراء من الأب أو من أجنبي اشتراها من الأب قبل ذلك.

وكذا إذا قال الأب عند قـصد ابنه نكاح امرأة والشراء بهـا أنا عقدت عليها وأنكر الابن عقد الأب عليها فـإنه يندب للابن التنزة عليها هذا إذا لم يفش قول الأب قبل ذلك في المسألتـين فإن فشاء قبل ذلك فهل يجـيب على الابن التنزة أو لا؟ خلاف والأظهر الأول[1] وعليه فيفسخ النكاح إن وقع..

وفاعل (أدعاه) ضمير يعود على الأب، والبارز وهو الهاء مفعولة وهو ضمير يعود على الوطء وقوله: (أو العقد) عطف على هذا الضمير البارز؛ أي: أنه إذا أدعى الأب وطئ الأمـة بأن قال: أنا وطئتهـا وهي ملكي سابقًا. أو أدعي العـقد على امرأة وأنكر الابن الوطء أو العقـد فإنه يندب له التنزة وفي وجـوب التنزة عليه إن فشا قول الأب قبل ذلك خلاف.

تنبيه:

العقـد يحرم ولو فسد إن لم يجمع على فساده بأن اختلف فيه ولو خارج المذهب كمحرم وشفاء و إنكاح المرأة نفـسها فعقده يضر الحرمـة كالصحيح فإن أجمع على فساده فالمحـرم وطئه أو مقدماته إن درا الحد كنكاح معتدة وذات محرم ورضاع غير عالم فـإن علم حد إلا المعـتدة فقولان فـإن لم يدرا الحـد كان من الزنـى وفي بشرة الحـرمة خلاف ذكره الأصل هنا ولم يـذكر «المص» هنا؛ لأنه قـد تقدم له كما أنه لم يذكر حرمة جمع الخمس وجواز الرابعة للعبد؛ لأنه سيأتي بعد.

• ص:

وجمع ثنتين لا يجوز وطء إحداهما لو قدرت ذكر الأخرى.

• ش:

عطف علـى فاعل (حـرم) وهو أصـوله؛ أي: وحرم جـمع ثنتين... إلخ، (ووطء) مصدر مضاف لفاعله وهو (إحداهما) والأخرى مفعول الصدر فالأولى تقديمه قبل،

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الأظهر الأول) أي: لأن قول الأب ذلك قبل العقد وفشوه عنه دليل على صدقه. اهـ.

قوله: (لو قدرت) ونائب فاعلة رث ضمير يعود على أحداهما وهو سار مسد المفعول الأول لـ(قدرت)، وذكر المفعول قدرت الثاني؛ أيك وحرم على الشخص جمع امرأتين لا يجوز وطئ أحداهما للأخرى بنكاح أو ملك لو قدرت الواطئة ذكرا والأخرى أنثى وعكسه فهو من عموم السلب؛ أي: سلب الجواز العام على كل تقدير من الطرفين؛ أي: طرف الواطئة والموطوءة.

وحاصل المبني أنه يحرم على الذكر الجمع بين كل امرأتين لو قدرت كل منهما ذكرا والأخرى أنثى لا يجوز له وطئها كالأختين والعمة وبنت أخيها والخالة مع بنت أختها[١] لأنك لو قدرت أحدي الأختين ذكرا يحرم عليه نكاح أخته ولو قدرت العمة ذكرا المحرم عليه بنت أخيه.

وكذا العكس ولو قدرت الخالة ذكرا لكان خالا ولو قدرت بنت الأخت ذكرا ليحرم عليه خالته فتخرج من هذا الضابط المرأة وأمتها فيجوز جمعها في النكاح؛ لأنها لو قدرت المالكة ذكرا جاز له وطء أمته بالملك وتخرج المرأة وبنت زوجها أو أم زوجها؛ لأنا إذا قدرنا المرأة ذكرا لم يحرم وطء أم زوجها ولا بنته بنكاح ولا غيره؛ لأنها أم رجل أجنبي وبنت رجل أجنبي، ولذا قال «الش»: لأن ذكورتها تنفي الزوجية فتكون بنت أو أم رجل أجنبي.

وأما على ذكورة بنت الزوج ف المرأة منكوحة أب، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء:٢٢]، وعلى ذكورة أم الزوج فتحرم عليها المرأة؛ لأنها حليلة ابنها.

ونظم «عج» هذه المسائل الثلاث التي خرجت من ضابط حرمة الجمع فقال:

وجمع مرأة وأم البعل أو بنتها أو رقها ذو حل

وقوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مع بنت أختها... إلخ) وكالمرأتين اللتين كل منهما عمة للأخرى أو كل منهما خالة للأخرى فالأولى كما إذا تزوج كل من رجلين بأم الآخر وأتي كل واحد منهما ببنت فكل من البنتين عمة للأخرى والثانية كما لو تزوج كل من رجلين ببنت الآخر وأولدها بنتا فكل من البنتين خالة للأخرى. اهـ.

● **ص:**

وان بالملك.

● **ش:**

مبالغة في حرمة جمع ما ذكر أي: أن كل امرأتين لا يجوز وطئ أحداهما للأخرى لو قدرت ذكرا لا يجوز الجمع بينهما ولو بالملك إذا أجمعهما في الملك للوطئ وأما جمعهما في الملك لا للوطئ بل للخدمة أو إحداهما للخدمة الثانية للوطئ فيجوز.

وبعبارة: يحرم الجمع بين الأختين ولو بالملك فلا يجوز له وطئهما.

أما جمعهما للخدمة فيجوز ويطء إحداهما ويحرم فرج الأخرى بتزويج ونحوه ولو وطئها أو لا نظير ما يأتي وهو قوله: وحلت الأخت ببينونة السابقة. أفاده «الش».

والحاصل: أنه إذا أشتراهما ولم يطء واحدة منهما فله اختيار واحدة للوطء ويبقي الأخرى للخدمة ولا يجب عليه تحريمها ويوكل بدينه وإن وطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى فإن أراد وطء الأخرى حرم الأولى بتزويج ونحوه وعبارة «الش» المتقدم معناها وافية بذلك وإن كان فيها صعوبة وعبارة «خ».

والمعنى: أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها في الوطء بالملك ولو طرأ ملكها على الأخرى بعدو وطئها حتى يحرم فرج الموطوءة نعم يجوز جمعها للخدمة أو إحداهما للخدمة والأخرى للوطء.

● **ص:**

وفسخ بلا طلاق نكاح ثانية وحلف إلا لبينة أو تصديقها.

● **ش:**

يعني: أن من جمع بين محرمتي الجمع في نكاح كأختين وامرأة وعمتها أو خالتها فإنه يثبت نكاح الأول ويفسخ الثانية منهما بلا طلاق؛ لأنه مجمع على فساده وحلف إنها الثانية ليسقط عنه نصف المهر قبل الدخول على تقدير أنها الأولى وأن نكاحها صحيح ولذا لا يمين عليه ولو دخل بها لوجوب المهر عليه

بالدخول ولا بد من الفسخ متي أطلع عليه قبل الدخول أو بعده، ويبقي على نكاح الأولى بدعواه من غير تجديد عقد، كأن نكل عن اليمين قبل الدخول غرم لها النصف بمجرد نكوله إن قالت: لا علم عندي. وبعد يمينها إن قالت: أنا الأولى. فإن لم تحلف سقط حقها، ومحل حلفه لإسقاط نصف المهر إن لم تصدقه المرأة على أنها الثانية بأن ادعت إنها الأولى أو سكتت ولا بنية تشهد بأنها الثانية.

أما إن صدقته أو قامت له بينة بأنها الثانية فإنه يسقط نصف صداقها بلا يمين عليه؛ لأنه لاحق لها في المهر حينئذ، وظاهر «المص» أن الفسخ بلا طلاق مطلقا حلف أو صدقته.

والذي في «خ» و«دك» و«دص»: أنه إن حلف فسخ بطلاق لاحتمال أنها الأولى وإن صدقته أو قامت له بينة فسخ بلا طلاق وهذا كله إذا علمت الأولى من الثانية ولو بإخبار الزوج وأما إن لم تعلم السابقة من غيرها فسيأتي.

تنبيه:

محل كلام «المص» أن ترتبتا في العقد وأما إن جمعهما في عقد واحد فإنه يفسخ نكاحهما معا أبدا بلا طلاق للإجماع على فساده.

● **ص:**

وأن لم تعلم السابقة فسخا ولكل نصف صداقها ما لم تدخل فكله والإرث بينهما.

● **ش:**

تقدم أنه إذا عقد على محرمتي الجمع وأفراد كلا بعقد فإنه يفسخ نكاح الثانية أبدًا أن علمت ويقر على نكاح السابقة فإن لم تعلم السابقة من اللاحقة فهو ما أشار إليه هنا.

والمعنى: أنه إذا عقد على محرمتي الجمع مرتبًا ولم تعلم السابقة منهما فإنه يفسخ نكاحهما معا بلا طلاق ولكل منهما نصف صداقها المسمي ما لم يدخل بها صداقها كاملا وللتي لم يدخل بها نصفه وأن مات قبل الفسخ فالإرث يقسم بينهما نصفين لوجود سببه وجهل مستحقة ولكل واحدة نصف صداقها؛ لأنه بالموت تكمل عليه صداقها وكل منهما تدعيه من غير مصدق فيؤخذ منه نصف الصداقين

فيعطي لكل واحدة نصف صداقها وقيل: لكل واحدة صداقها كاملًا.

تنبيهان،

الأول، كل محرمتي جمع كأختين جمعا في عقد واحد يفسخ نكاحهما بلا طلاق قبل الدخول وبعده وكذا الأم وابنتها لكن تختص الأم وابنتها بتأبيد التحريم.

وحاصل ذلك أنه إذا عقد على الأم وابنتها فإما أن يدخل بهما أو لا يدخل بواحدة منهما أو يدخل بواحدة فقط فإن دخل بهما تأبد عليه تحريمها معا وعليه صداقهما ولا إرث لواحدة منهما؛ لأنه مجمع على فساده وعلى كل الاستبرأ وتأبيد التحريم في الجاهل.

وأما العالم فينظر إلى نكاحه هل يدرأ الحد عن الواطء أو لا؟ فيجرى على أمر كما في «خ» وإن لم يدخل بواحدة منهما فسخ نكاحهما ولا إرث ولا صداق وحلتا بعقد جديد وإنما حلت الأم لأن العقد على البنت يحرم إذا كان صحيحا.

وأما الفاسد المتفق على فساده فلا يحرم وإذا حلت الأم فلأولى البنت؛ لأن العقد على الأم لا يحرم البنت إذا كان صحيحا فأولى إذا كان فاسد أو أما إذا دخل بواحدة فقط وكان جمعهما بعقد كما هو الموضوع فإنه يفسخ نكاحهما ويتأبد تحريم من لم يدخل بها وتحل التي دخل بها منهما بعقد جديد بعد الاستبراء فهذه ثلاثة أحوال فيما إذا كانت بعقد واحد قد علمت أحكامها.

وأما إذا عقد عليهما مرتبا فلا يخلو أيضًا من هذه الأحوال الثلاثة وهي أن يدخل بها أو لا يدخل بواحدة منهما، ويدخل بواحدة فقط فإن دخل بهما فسخ نكاحهما بلا طلاق وتأبد تحريمهما ولزمه صداقهما ولا إرث لواحدة منهما إن مات وإن لم يدخل بواحدة من المرتبتين فسخ عقد الثانية فقط بلا خلاف ويمسك الأولى كانت الأم أو البنت ثم إن كانت التي فسخ نكاحها الأم فهي حرام أبدًا وإن كانت البنت كان له أن يطلق الأولى وهي الأم ويتزوجها.

وأما إن دخل بواحدة منهما دون الأخرى والمدخول عليها هي السابقة في العقد ثبت نكاحه عليها بلا خلاف لإن كانت البنت وفسخ نكاح الثانية وتأبدت وأن كانت الأم فكذلك على المشهور وإن دخل بالثانية وكانت البنت فرق بينهما وبينه

وكان لها صداقها وله تزويجها بعد الاستبراء وإن كانت الأم حرمتا أبدا ولا ميراث، ومثل ذلك ما إذا لم يعلم المدخول بها؛ هي الأولى أو الثانية فيحرمان أبدًا إن كانت الأم ولا ميراث ويفسخ نكاحها ويتزوجها بعد الاستبراء إن كانت البنت فإن مات الزوج[1] كان على المدخول بها أقصى الأجلين[2] وصوب[3] لا ميراث لها ولا صداق ولا ميراث لغير المدخول بها ولا عدة عليها.

الثاني: إذا عقد على البنت وابنتها مرتين ومات ولم يدخل بواحدة منها ولم تعلم السابقة في العقد فالإرث بينهما لوجود سببه وجهل مستحقه ولكل منهما نصف صداقها المسمي لها؛ لأن الموت كله وكل تدعيه من غير مصدق والوارث يناكرها فيقسم بينهما فيؤخذ منه نصف الصداقين ويعطي لكل نصف صداقها سواء اختلف الصداقان أو استويا في القدر، كما في المدونة.

أفاد جميع ذلك الأصل وشرحه ولم يذكر ذلك «المص» كما ذكره الأصل؛ لأن مسائل الأم وابنتها تعلم مما سبق من تحريمها في قوله: (وأصول من عقد عليها كفصولها) ومن أن العقد المتفق على فساده كجمع الأم وابنتها بعقد لا يحرم بل يحرم وطئه إن درا الحد.

ومن المعلوم أنه يجب الاحتياط عند الشك كما إذا جهلت السابق أو المدخول بها منهما فالأصول السابقة تعلم مما سبق لـ«المص» هذا معني الاعتذار الذي ذكره «الش» عن «المص» في عدم ذكر مسائل الأم وابنتها مع أنه ذكرها أصله ولا يخفاك أن تفصيل المسائل على الوجه الذي قدمناه لك يعسر على الأفهام استخراجه من المتن. فتأمل.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإن مات الزوج) أي: في هذه الصورة وهي ما إذا سلمت المدخول بها وجهل كونها الأولى أو الثانية. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أقصي الأجلين) أي: الأربعة أشهر؛ أي: على تقدير أن تكون الأولى وثلاثة قروء على تقدير أن تكون الثانية. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وصوب... إلخ) أن لا ميراث لها؛ أي: للمدخول بها؛ أي: لأنه لا ميراث مع الشك؛ لأنه عليه احتمال شكون وأي ترث على احتمال أن تكون الثانية لا ترث. اهـ.

● **ص:**

وإن جهلت الخامسة فسخ الجميع والصداق لمن دخل بها ولغيرها نصفه فإن مات تكمل لأربع واقسمت بحسب الدعوى.

● **ش:**

يعني: أنه يحرم على الحر والعبد جمع خمس من النساء في عقد واحد ويفسخ نكاح الجميع أبدًا.

وأما إن عقد عليها واحدة بعد واحدة أو جمع أربعًا بعقد وأفرد واحدة بعقد أو جمع ثنتين أو ثلاثًا بعقد وأفرد ما بقي كل واحدة بعقد فإنه يفسخ نكاح الخامسة إن علمت في هذه الصور، فإن جهلت الخامسة فسخ نكاح الجميع قبل الدخول وبعده ومن دخل بها منهن لها صداقها كاملًا ولو دخل بالجميع ولغير المدخول بها نصف صداقها، فإن مات فالإرث بينهن أخماسًا ويتكمل عليه الصداق لأربع منهن غير معينات فتقسم الأربعة أصدقه على الخمسة بحسب الدعوى من دخول وعدمه.

فإذا لم يدخل بواحدة فلهن أربعة أصدقة لكل منهن أربعة أخماس صداقها وأن دخل بواحدة فلها صداقها كاملًا وللأربع الباقية ثلاث صداقات ونصف؛ لأن بالموت تكمل لهن ثلاث صداقات غير معينة وواحدة غير معينة يدعي الوارث إنها الخامسة فلا شيء لها ويدعين أن الخامسة من دخل بها فيتكمل لهن أربعة أصدقه بالموت فيقسم الصداق الرابع بينهن وبين الوارث فتقسم عليهن ثلاثة أصدقه ونصف لكل واحدة سبعة أثمان صداقها.

وإن دخل باثنتين فلكل منهما صداقها وللثلاثة الباقية صداقان ونصف وإن دخل بثلاث فلكل صداقها وللباقي صداق ونصف يكون لكل منهما ثلاثة أرباع صداقها قسم بنسبة صداق ونصف عليهما.

وإن دخل بأربع فلكل صداقها وللتي لم يدخل بها نصف صداقها؛ لأنها تدعي إنها ليست بخامسة وأن الخامسة إحدى المدخول بهن ويدعي الوارث إنها هي الخامسة فلا شيء لها فيقسم الصداق نصفين.

وإن دخل بالجميع فلهن خمسة أصدقه.

والحاصل: أنه في حال الحياة لكل من دخل بها الصداق كاملًا ولو دخل بالجميع ولغير المدخول بها نصف صداقها وإن مات فعليه أربعة أصدقه تقسم على الخمسة إن لم يدخل بالجميع بأن لم يدخل أصلًا أو دخل بالبعض لكن من دخل بها لها الصداق كاملًا وما بقي من الأربعة إلا صدقة يقسم على من لم يدخل بهن مع النصف الحاصل لهن بالمنازعة مع الوارث وإن دخل بالجميع كان لكل صداقها كاملًا فللجميع خمسة أصدقه، فقوله: (تكمل لأربع)؛ أي: حيث لم يدخل بالجميع.

● ص:

وللعبد أربع كالحر.

● ش:

يعني: أنه يجوز للعبد نكاح أربع نسوة كالحر على الراجح؛ لأن النكاح ليس من باب الحدود حتى يتصف بالرق بل من باب العبادات، والحر والعبد فيها سواء، بخلاف الطلاق فإنه من باب الحدود فيتنصف بالرق وكمل عليه نصف الطلقة ودليل أن الطلاق من الحدود قوله تعالى بعد أن ذكر الطلاق: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ﴾ [البقرة:٢٢٩].

● ص:

وحلت الأخت ببينونة السابقة.

● ش:

يعني: أن من تحته أخت ونحوها من محرمتي الجمع وأراد وطء الثانية بملك أو نكاح فإنها تحل له ببينونة السابقة التي تحته بخلع أو بتات أو بطلاقها قبل الدخول أو بانقضاء عدة الرجعى فإن ادعت عدم خروجها من العدة لاحتباس الدم صدقت بيمينها؛ لأنها أمينة على فرجها ولها النفقة، ويتربص الزوج عن كأختها إلى تمام سنة فإن ادعت بعدها تحر يكا نظرها النساء فإن صدقتها تربص الزوج وألا لم يلزمه التربص إلى أقصي الحمل قاله عبد الحق.

فإن طلقها وهي غائبة انتظر أقصي ما تحتمله عدتها وهو خمس سنين من غيبتها

لاحتمال حملها وتأخره إلى أقصى أمد الحمل وثلاث سنين من يوم طلاقها لاحتمال ريبتها وحيضها كل سنة مرة وإن كانت تحيض كل خمس سنين مرة لخمسة عشر سنة وهذا إذا طلقها رجعيًا فإن طلقها بائنا فتحل له الأخت ونحوها بأثر الطلاق بخلاف الرجعي فينتظر خروجها من العدة وهي أحد المسائل التي يعتد فيها الرجل كالخامسة فإنها تحل ببينونة[1] الرابعة فإن طلقها رجعيا انتظر خروجها من العدة حتى يتزوج الخامسة فهاتان مسألتان يعتد فيهما الرجز والثالثة إذا مات ربيبه فلا يطأ زوجته لينظر هل هي حامل فيرث حملها من الربيب أو لا؟ ولا عدة على الرجل في غير هذه الثلاث.

فإن قلت: قد يجتنب الرجل امرأته في غير هذه الثلاث كاستبراء من فاسد فلم لا يزاد هذا على الثلاث؟

يجاب: بأن المراد التجنب لغير معني طرأ على البضع كما في هذه الثلاث وأما في الاستبراء فتجنبه لها لمعني طراء عليه وهو الماء الفاسد.

وقوله: (وحلت الأخت)؛ أي: ونحوها من كل محرمتي الجمع فلو قال: كالأخت. لكان أشمل ويجاب بأنه لو قال: كالأخت. لشمل ما يتأبد فيه التحريم كالأم وابنتها مع أن ما يتأبد فيه التحريم لا تحل فيه الثانية ببينونة السابقة لتأبيد الحرمة.

• ص:

أو عتقها وإن لأجل أو كتابتها أو انكاحها.

• ش:

قوله: (أو عتقها) عطف على (بينونة السابقة) أي: وحلت الأخت أيضًا بعتق السابقة.

والمعنى: أن من وطئ أمة بملك اليمين وأراد أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ببينونة... إلخ) يعني: أنه إذا عقد على امرأة أو تلذذ بأمته فلا يحل له التلذذ بأختها أو عمتها مثلا بنكاح أو ملك إلا إذا أبان الأولى إن كانت منكوحة أو أزال ملكها إن كانت أمه. اهـ.

أو يطأها بالملك فإنها تحل له بعتق السابقة فأجزأ بل وإن لأجل وكذا إذا أعتقها عتقا مبعضًا وتكميل عتقها عليه لينت في التبييض شيء آخر وأخذ من كلامه[١] أنه يمنع وطئ المعتق لأجل وهو كذلك كما في «خ»؛ لأنه يشبه نكاح المتعة[٢] فإنه أوطئها وحملت منه صارت أم ولد وسقطت منها الخدمة[٣] ونحز عتقها على الراجح.

وقيل: لا ينجز لبقاء أرش الجناية[٤] له إن جرحت وقيمتها إن قتلت فتبقي بلا عتق لأجلها ولا يجوز له وطؤها بعد ذلك على كلا القولين وإن لم تحل بقيت معتقة لأجل وكذا تحل الأخت ونحوها بكتابة السابقة فإن عجزت لم تحرم الثانية.

وأما تدبر السابقة فلا يحل الثانية؛ لأن المدبرة يجوز وطئها إلى الموت وكذا تحل الثانية بإنكاح الأولى انكاحها صحيحا لازما وهو معني قول الأصل وأنكاح يحل المبتوتة أي أنكاح يحل وطؤه المبتوته وأن لم يدخل بها الزوج بأن يكون صحيحًا لازما أو فاسدا يمضى بالدخول هذا مراد الأصل وليس مراده يحل المبتوتة الدخول بها.

والحاصل: أنه إذا عقد على أمته لشخص عقدًا صحيحًا لازما أو فاسدا بمضي بالدخول فإنه يحل له كأختها أو عمتها مما يحرم جمعها معها ولو لم يدخل الزوج بها فقوله: (أو كتابتها أو انكاحها) معطوفان على بينونة، وعطف عليه أيضًا قوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأخذ من كلامه... إلخ) أي: لأنه لو لم يمتنع الوطء بالتأجيل لما أبيح له وطء الأخت. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يشبه نكاح المتعة) أي: لأن فيه شبها بنكاح المتعة؛ أي: بالعقد على امرأة لأجل. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وسقطت عنها الخدمة) أي: الخدمة التي تلزم المعتقة لأجل. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لبقاء أرش الجناية... إلخ) والحاصل أن الذي يقول بتعجيل عتقها يقول لما سقطت خدمتها صار لا فائدة في بقائها أم ولد فيتنجز عتقها والمقابل يقول: هناك فائدة في بقائها أم ولد وهو بقاء أرش الجناية له إن جرحت وقيمتها إن قتلت فلا ينجز عتقها وليس المراد أنه بعد تنجيز عتقها في قتلها القيمة بل في قتلها الدية كما هو في كل حر كانت حريته أصالة أو طارية بالعتق. اهـ.

● **ص:**

أو بيع وخرجت من المواضعة وإن دلس فيه أو إباقها وأيس أو أسرها.

● **ش:**

أي: وكذا تحل الأخت ونحوها ببيع الأولى إذا خرجت من المواضعة برؤية الدم لكي تدخل في ملك المشتري فلا بد مع البيع من خروجها من المواضعة[١] والبيع بهذا الشرط يحل الثانية ولو دلس فيه بأن كان عالمًا بالعيب وكتمه عن المشتري؛ لأن للمشتري التماسك بالمعيب وأولى إن لم يدلس.

وكذا تحل الأخت ونحوها بإباق السابقة إذا أيس منها بحيث لا يرجى عودها منه وإلا فلا.

وكذا تحل الثانية بأسر السابقة في أيدي العدو ولم يقيد الأسر باليأس؛ لأنه مظنته بخلاف الإباق، فلذا حسن التقييد فيه بالإياس.

وكلام «المص» فيمن توطأ بالملك وأما من توطأ بالنكاح فلا يحل من يحرم جمعه معها بأسرها أو إباقها بل ببينونتها أو علم موتها فإن طلقها في حال أسرها طلاقًا بائنًا حلت من يحرم جمعها معها من أخت ونحوها وإن طلقها طلاق رجعيًا لم تحل كأختها إلا بمضي خمس سنين من أسرها لاحتمال حملها وتأخره إلى أقصى أمد الحمل وثلاث سنين من يوم طلاقها لاحتمال ريبتها[٢] وحيضتها في كل سنة في آخرها وإن كانت عادتها في الحيض في كل خمس سنين مرة لم تحل إلا بمضي خمس عشر سنة.

وهكذا[٣] وأن أسرت بفور نفاسها اكتفت بثلاث سنين للأمن من حملها كما قاله الحطاب.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من المواضعة... إلخ) والمتواضعة هي الجارية التي أقر السيد بوطئها أو كانت عليه، إلا أن الموضوع هنا أنه معترف بوطئها وأراد أن يطء أختها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ريبتها) أي: بتأخر الحيض. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهكذا) أي: وإن كانت عادتها أن يأتيها الحيض في كل عشر سنين مرة. اهـ.

وقوله: (بمضي خمس سنين من أسرها) أي: إن كان مسترسلًا عليها لوقت الأسر وإلا فتعتبر الخمسة من يوم أمسك عنها، ومثل أسرها بفور نفاسها ما إذا تحقق نفي حملها بغير ما ذكر.

وقوله: (اكتفت بثلاث سنين) أي: من يوم طلاقها ما لم تكن عادتها أكثر، فيعمل بما علم من عادتها. انتهى من «خ».

ولما ذكر ما تحل به الثانية شرع في ذكر ما لا تحل به فقال عاطفا على بينونة:

● ص:

لا فاسد لم يفت وردة وظهار وعدة شبهة وأستبراء وبيع خيار أو عهدة ثلاث وأخدام دون أربع سنين وهبة لمن يقصرها منه وان ببيع قبل فواته.

● ش:

يعني: أن هذه الأشياء لا أثر لها في حلية الأخت ونحوها في محرمتي الجمع أي لا تحل الأخت ونحوها ببيع أو نكاح فاسد للسابقة لم يفت بحوالة سوق فأعلى في البيع وبدخول في النكاح فإن فات حلت، فقوله: (لا فاسد) شامل للبيع والنكاح.

وكذا لا تحل كالأخت بردة السابقة لصور زمن الاستتابة وهو ثلاثة أيام، والغالب في الردة الرجوع للإسلام وهذا في الأمة وأما الزوجة ولو أمة فتبين بالردة على المشهور فتحل كأختها بردها ويمكن جريانه في الزوجة أيضًا بناءًا على أن الردة لا تعد طلاقًا ولا غرابة في بناء مشهور على ضعيف.

وكذا لا تحلي الثانية بظهار من السابقة لقدرته على دفع حرمته بالكفارة وكذا لا تحل الثانية يمين على ترك وطء السابقة ولو بحريتها وكذا لا تحل الثانية بعدة شبهة للأولي أي استبراء من ما غيره بوطء شبهة أي غلط فأطلق «المص» العدة على الاستبراء وهو تسمح.

أما عدة من نكاح صحيح فقد سبق أنه يحرم الأولى والعدة من توابعه وكذا إلا تحل الثانية بإستبراء الأولي من زنى أو غصب أو باستبرائها زمن المواضعة فإذا أخرجت من الواضعة حلت الثانية كما مر.

قال «خ»: وأما الاستبراء من مائه الفاسد فهو كعدة الشبهة. وكذا لا تحل الثانية

بإحرام الأولى بحج أو عمرة لقصر زمانه؛ لأنه منحل وكذا لا تحل الثانية ببيع الأولى بعهدة الثلاث؛ لأنه يرد فيها بكل حادث والحوادث كثيرة وزمنها قصير بخلاف عهدة السنة فتحل كالأخت لطول زمانها وندور أدوئها.

وكذا لا تحل الثانية بإخدام الأولى لغيره دون أربع سنين وأولى لا تحل بحيض الأولى بخلاف إخدامها أربع سنين فأكثر فيحلها ومثل ذلك حياة المخدم.

وكذا لا تحل الثانية بهبة الأولي لمن يقصرها منه كولده أن كان الاعتصار مجانًا أو بلا عوض كنزعها من ولده قبل حصول مفوت الاعتصار الآتي بيأنه في الهبة بل وإن كان الاعتصار ببيع أي بشراء من الموهوب له كما إذا وهبها لمحجوره من يتم أو ولد فالمراد من البيع الشراء وإنما أطلقه عليه نظرا التلازمهما فقوله: (وأن ببيع) مبالغة في الاعتصار بمعني مدلوله اللغوي وهو مطلق الرجوع والأخذ؛ لأن الاعتصار الاصطلاحي ما كان مجانا؛ أي: وإن كان بقدر على الرجوع في هبته بشرائها من الموهوب له من يتم أو ولد قبل فوات الاعتصار.

أما بعد فوات الاعتصار فتحل الثانية كما يفيده قوله: (قبل فواته) أي فوات الاعتصار وعلم مما قررنا إن قيد قبل الفوات راجع لما قبل المبالغة وما بعدها وهو الظاهر وفي «خ» ما يفيد أنه إذا كان بقدر على الرجوع بالشراء بعد الفوات لا تحل له الثانية كالقدرة على الاعتصار قبل الفوات وعلى هذا فيكون القيد راجعا لما قبل المبالغة فقط.

لكن كلام «خ» مشكل؛ لأنه لا رجوع للواهب بعد الفوات على أن بعض المفوتات الآتية في باب الهبة كالعتق والاستيلاد لا يمكن معها الرجوع بشراء ولا غيره، فتأمل وهذا كله في الهبة، وأما الصدقة على من يقتصرها منه فيتح الثانية على ما في الأصل وفي «ز» وتبعه محشي الخَرَشِي توجيه عدم التحليل لقدرته على أخذها بالشراء وغايته أنه مكروه وسيأتي أن للأب شراء جارية أعطاها لولده وتبعتها نفسه.

والحاصل: أن المعتمد عدم حل الثانية بالصدقة على من يقتصرها منه كالهبة؛ لأن أخذها منه بالشراء جبرًا عنه فلذا لم يذكر «المص» قول الأصل بخلاف صدقة

عليه إن حيزت.

ومعني ما في الأصل أنه إذا تصدق بالسابقة على من يقتصرها منه فإنها تحل الثانية إن حازها غير المتصدق بالكسر إذا لا يكفي في حلها حوزه هو للمتصدق عليه ويكفي الحوز الحكمي كان أعتقها أو وهبها المتصدق عليه قبل الحوز لمضي فعله.

وأما هبتها لغير ثواب لأجنبي لا يقتصرها منه أصلا فتحل كالأخت وأن كانت لثواب فلا تحل كالأخت حتى يعوض عليها أو تفوت عنده وتجب فيها القيمة قاله الجزولي. اهـ «خ».

ولما ذكر أن الثانية لا تحل إلا بمسوغ من الوجوه السابقة شرع يتكلم على ما إذا وطء الثانية بغير مسوغ فقال:

• ص:

ووقف أن وطئها ليحرم فإذا بقي الثانية استبرأها.

• ش:

ضمير (وقف) و(وطئ) للسيد ومثله الزوج وضمير التثنية للاشيء ومثلهما الزوجتين والزوجة والأمة اللتين يحرم جمعها كالأختين ومثل الوطء التلذذ يعني: أنه إذا أوطئ كالأختين من غير مسوغ لوطئ الثانية فإنه يوقف عنهما وجوبا ليحرم واحدة منهما بوجه من الوجوه السابقة ولا يوكل لدينه لثبوت خيانته بوطئهما بخلاف من لم يطأهما كما سبق فإن أبقى لنفسه الثانية أي التي وطئها بعد وطئ الأخرى استبرأها لفساد مائه الحاصل قبل التحريم وإن لحق به الولد وإن أبقى الأولى فلا استبرأ عليه لإن لم يعد لوطئها بعد وطء الأخرى أو في زمن الإيقاف.

فإن قلت: لم وجب استبراء الثانية مع أن الولد لاحق به؟

قلنا: يظهر أثر ذلك في القذف فإذا نصب شخص هذا الولد إلى شبهة في نسبة لم يحد حيث نشاء من هذا الماء الواقع قبل التحريم والأولى لـ«المص» أن يقول: ووقف أن تلذذ بهما؛ لأن التلذذ ويشمل الوطء وغيره إلا أن يقال ذكر الوطئ لأجل قوله: (فإن أبقي الثانية استبرأها)؛ لأن الاستبراء لا يكون إلا من وطء.

تنبيه:

إذا عقد نكاح امرأة ثم اشترى من يحرم جمعها معها فإنه يتمادى على نكاح الأولى وهي ذات العقد وتبقي الثانية وهي المشتراة للخدمة فقط ولا يجوز له وطئها فإن تجرئ ووطئها أو تلذذ بها صار بمنزله وطء الأختين فيوقف عنهما حتى يحرم واحدة بوجه مما سبق فهذا الفرع سبق فيه النكاح على الملك.

وأما إذا سبق الملك على النكاح فمثاله أن يملك أمة ثم يتلذذ بها ثم يعقد نكاحا على من يحرم جمعها معها والحكم في ذلك أنه يوقف عنهما ثم يحرم أيتهما شاء إما المنكوحة بالبينونة وإما المملوكة بوجه مما مر.

وأما أن عقد نكح الثانية قبل أن يتلذذ بالمملوكة فالحكم أنه إن أبقي الأولى للوطء لا للخدمة بإن الثانية وأن أبقي الثانية وقف عن الأولى أي كف عنها ويوكل في ذلك لأمانته كما في «خ».

● ص:

والمبتوتة حتى يولج بالغ قدر الحشفة منتشراً.

● ش:

عطف على مرفوع(١) حرم وهو أصوله وفصوله والمبتوتة هي المطلقة ثلاث للحر واثنتين للعبد ولو علقه على فعلها(٢) فأحنثه قصدا أو في نكاح مختلف فيه(٣) وهو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عطف على مرفوع) لم يرد أن حرم مسلط عليه فيلزم أن يقول: حرمت: والجواب أنه يفتقر في التابع ما لا يفتقر في المتبوع أو المراد الجنس؛ أي: وحرم هذا الجنس. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو علقه على فعلها... إلخ) كأن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فدخلتها قاصدة حنثه فتحرم عليه عقد ابن القاسم لا تهب القائل بعدم وقوع الطلاق معاملة لها بنقيض قصدها قال أبو الحسن على المدونة: وهذا القول شاذ والمشهور قول ابن القاسم. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو في نكاح مختلف فيه... إلخ) أي: كنكاح المحرم والشغار وإنكاح العبد والمرأة فإن هذه الأنكحة مختلف في صحتها وفسادها ومذهبنا فسادها فإذا طلق الزوج في هذه الأنكحة ثلاثًا حرمت عليه خلافا لابن القاسم القائل أنه يقع عليه ذلك الطلاق نظر الصحة النكاح على مذهب الغير ولا يتزوجها إلا بعد زوج فلو تزوجها قبل زوج لم يفسخ نكاحه من فساد النكاح وعدم لزوم الطلاق فيكون هذا النكاح؛ لأن الثاني نظرًا لمذهبه صحيحا. اهـ.

فاسد عندنا خلافا لا شهب في الأول ولا ابن القاسم في الثاني ولا فرق بين أن تكون الثلاث في مرة أو مرات ولا فرق بين الحرة والأمة.

والمعنى: أنه يحرم وطئ المبتوته بنكاح أو ملك على من أبتها ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره مسلما بالفاء عند الوطء ولو كان صبيا عند العقد ويصيبها بذكرة المنتشر في قبلها ولو حصل الانتشار بعد الإيلاج وإن لم ينزل ثم يطلق أو يموت.

ولا يشترط في الزوج الحرية بل الإسلام كما يفيده قوله الآتي:

● **ص:**

في نكاح لازم.

● **ش:**

لأن اللازم لا يكون إلا لمسلم كما سيتضح ذلك.

وقوله: (حتى يولج قدر الحشفة). أي: حتى يدخل البالغ في قبلها قدر الحشفة إن لم تكن له حشفة خلقه أو لقطع فإن كانت له حشفة فلابد من أيلاجها أنزل أو لا.

وفهم من شرط البلوغ والإسلام أنه لا يكفي صبي ولا كافر تزوج كتابية قد أبتها مسلم كما لا يكفي مجرد العقد ولا التلذذ بعده بدون وطء.

وكذا لا يكفي إذا غيب الحشفة في الدبر لا بين الفخذين ولا بين الشفرين والآليتين ولا في هوى الفرج.

فإن قلت: لِمَ لَمْ يُشترط الإنزال مع أنه وقع في الحديث: (حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)[1].

قلنا: العسيلة[2] في الحديث كناية عن تمام اللذة بالانشار بدليل أن أول شكاية المرأة قولها: إنما معه هدبه كهدبة الثرب.

والحسن البصري حمل العسيلة في الحديث على المني ورد بأنها الذبيلة[3]؛

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١٤٣٣).

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (العسيلة) تصغير عسل؛ لأنها حالة شبه حلاوة العسل. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الذبيلة) أي: أن الإنزال له ذبيله يعني: أن الرجل لا يزال في لذة الملاعبة حتى إذا أولج فقد حصل له لذة العسل ثم لا يزال يتعب نفسه ويجهدها إلى أن ينزل =

لأنها إلى الذبول أقرب.

وأما قول الغزالي أشد لذات الدنيا الإنزال ولو دامت قتلت فيمكن حمله على حال التهيئ له بكمال إلاء واستحكام الجماع.

ونقل عن بعض السلف الحل بمجرد العقد وهو شاذ بل مرجوع عنه، والحديث يرده فلا يجوز العمل به.

وقوله: (منتشرًا) أي: منتصبًا حال من قدر الحشفة ولا يشترط أن يكون الانتشار تامًا.

تنبيهات:

الأول: اشتراط بلوغ الزوج وهو مذهب المالكية، وعند الشافعية يكفي الصبي، ومن هنا نشأت المسألة الملفقة من مذهبنا ومذهب الشافعي فأخذ كفاية الصبي من مذهب الشافعي وأخذ عدم العدة من مذهبنا؛ لأنه لا عدة عندنا لطلاق الصبي ويطلق الولي عليه لمصلحة فيعقد لها شافعي على صبي أو يعقد غيره ويحكم الشافعي بصحة عقد الصبي وتحليله المبتوتة ويطلق عليه المالكي لمصلحة ويحكم بأنه لا عدة من وطء الصبي فيعقد عليها من أبتها بأثر طلاق الصبي ثم يقع التحاكم فيحكم له الشافعي بصحة عقده.

قال «الش»: واحتياجها القاضين بعقد شافعي ويطلق مالكي لمصلحة لرفع الخلاف. أي أن احتياجها لقاضيين إنما هو لدفع الخلاف فقط وإلا فلا يحتاج لهما لصحة التلفيق بدونهما وبعض الناس يفعلها بحكمين لكن هذه المسألة لا تناسب الاحتياط في الفزوج ولذا قال «حش»: كتب السيد وغيره من المحققين منع الملفقة.

وكذا ما يقع لبعض الشافعية من فساد العقد الأول لعدم عالة الولي أو الشهود مثله فلا يلحق البتات لا يحوز العمل به؛ لأن شرط الفسخ عندهم أن لا يتحيل به على إحلال المبتوتة كما نص على ذلك شيخنا البدر الحفني في رسالة في ذلك.

الثاني: قال المازري إذا تزوجها من أبنتها قبل زوج عالما فإنه يحد ويلحق به

= فيحصل له فتور فهو يبدأ بلذة ويختم بألم، ولهذا ذهب ابن عرفة والأبي تبعًا لابن العربي إلى أن حالة الجماع انتشار المني وأمتع من حالة الإنزال. وقال الغزالي بالعكس. قال: ولو دامت لقتلت. اهـ.

الولد. فجعلها من المسائل التي يجتمع فيها الحد ولحوق الولد كما في الحطاب لتشوف الشارع للحوق النسب لكن لم يجعله شبهة تدرأ الحد سدا للذريعة.

ثم أشار لبقية شروط التحليل بقوله:

• ص:

بلا حائل مباحا مصادقًا عليه.

• ش:

قوله: (بلا حائل) متعلق بمحذوف حال من قدر الحشفة كمنتشر السابق أو حال من الإيلاج كمباحًا ومصادقا يعني: أنه يشترط أن يكون الإيلاج بلا حائل يلف على الذكر فلا يجزئ مع الحائل كفي هوي الفرج وظاهرة ولو خفيفًا وهو ما في البدر لمنعه العسيلة وقيده «عبق» بالكثيف ويشترط أن يكون الإيلاج مباحًا فلا تحل المبتوتة بالإيلاج الممنوع[١] كالإيلاج في دبر أو حيض أو نفاس ولو بعد انقطاعها وقبل الفل و إحرام وصوم واعتكاف.

وقال ابن الماجشون: الوطء في الحيض والإحرام والصيام يحلها. وقيل: يحل في غير رمضان والنذر المعين. واختاره اللخمي ووجهة بأنه يفسد بمجرد الملاقاة فبقية الوطء لا منع فيه بخلاف رمضان والنذر المعين فللزمن المعين حرمة ويدخل في الممنوع الوطء في المسجد وفي الفضاء مستقبل القبلة ومستدبرها كما يفيده قوله ابن عرفة: وكل وطء نهي الله عنه. أي فلا يحلها.

وفي التبصرة ما يخالفه ويشترط أيضًا أن يكون الإيلاج متصادقًا عليه بين الزوجين بأن أقرا به أو لم يعلم منهما أقرارا[٢] ولا إنكار فإن أنكر أو أحدهما لم تحل كان الإنكار قبل الطلاق أو بعده طال الأمر بعد الطلاق أو لا والعبرة بالسابق

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالإيلاج الممنوع) أي: فالإيلاج الممنوع لا يحلها لمبتها ويؤخذ من ذلك شرط كونها مطيقة؛ لأن وطء من لا تطيق جناية وهي ممنوعة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو لم يعلم منهما إقرار... إلخ) أي: لغيبة الزوج أو موته بعد الخلوة بها وأشار الحطاب لذلك بقوله: فرع: إذا علمت الخلوة وغاب المحلل أو مات قبل أن يعلم منه إقرار ولا إنكار صدقت. اهـ.

من إقرار وإنكار فلا يضر الإنكار وبعد الإقرار ولا ينفع الإقرار بعد الإنكار كذا يفيد «الش»، وفي «خ»: أن التصادق بعد الإنكار يفيد.

● ص:

في نكاح لازم علمت خلوته ولو مرأتين ولو مغمى عليه.

● ش:

الجار متعلق بـ(يولج) يعني: أنه يشترط أن يكون الإيلاج في نكاح لازم للزوجين ابتداء أو بعد الإجازة من سيد أو ولي فلا تحل أمة مبتوتة بوطيء سيده؛ لأنها وطئت في غير نكاح؛ لأن السيد ليس زوجا ولا تحل المبتوتة أيضًا بوطء محجور كعبد أو سفيه لم يأذن له وليه في العقد إلا بوطء بعد الإجازة ولا ذي عيب أو مقرورة بحرية إلا بوطء بعد الرضى ولا يكون النكاح اللازم إلا من مسلم؛ لأن اللزوم فرع الصحة والصحة لا تكون إلا من مسلم؛ لأن أنكحة الكفار فاسدة فاستفيد منه اشتراط إسلام الزوج الثاني فلا حاجة للتصريح باشتراط الإسلام بل لو صرح به لكان تكرار أو يشترط أيضًا أن تعلم الخلوة بين الزوجين ولو بامرأتين فلا يكفي تصادقهما على الخلوة فجملة علمت خلوته صفة لنكاح أي علمت خلوة هذا النكاح بين الزوجين ولا يشترط علم الزوج الثاني بالوطء فإذا أوطئها حال جنونه أو إغمائه حلت بشرط علمها هي بالوطء فإذا أجامعها وهي مجنونة أو مغم عليها أو نائمة أو في سكر فلا تحل ولو كان الزوج عاقلًا ولذلك أشار بقوله:

● ص:

أن علمت هي.

● ش:

أي: يشترط علم الزوجة بالإيلاج فيها وهذا شرط في أصل المسألة لا في خصوص فرع إغمائه وإنما اشترط علمها فقط[1] دون علم الزوج؛ لأن التحليل حكم فيها فأعتبر علمها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (علمها فقط... إلخ) هذا هو المعتمد خلافا لمن قال: لا بد من علم الزوج أيضًا. اهـ.

فالمقصود في الحديث المتقدم ذواقها المسألة وذواقة هو تبع لها نظر للشأن والغالب من التلازم إذ الغالب أنه يلزم من ذواق أحدهما ذواق الآخر.

• ص:

أو خصيا.

• ش:

هذا عطف على البالغ عليه وهو مغمي عليه يعني: أنها إذا وجدت الشروط المتقدمة حلت المبتوتة ولو كان المحلل المولج مغمي أو خصيا وهو المقطوع الأنثيين دون الذكر وسواء كان مقطوع الحشفة أم لا أن علمت هي بخصائصه[(١)] حال الوطئ وإلا فهو نكاح معيب لا يحلها؛ لأنه غير لازم.

تنبيه:

إذا حلف شخص على زوجته أن لم أتزوج عليك فأنت طالق فتزوج بدنيئه غير مشبهة لنسائه وأولج فيها قدر الحشفة فإن الدنيئة تَحِلّ لَمُبِتِّهَا[(٢)] وإن كان لا يبر في يمينه إلا أذا تزوج من تشبه أن تكون من نسائه ومن باب أولى في تحليلها إذا كانت من مناكحة ذكر ذلك الأصل ولم يذكره «المص» لعلمه من استيفاء الشروط السابقة والبر وعدمه شيء آخر سبق في الإيمان.

• ص:

لا بفاسد[(٣)] وفي الوطي الذي يشبته خلاف.

• ش:

أي: لا تحل المبتوتة إذا تزوجت تزويجا فاسدا أن لم يثبت بعد البناء بأن كان مجمعا عليه بفسخ قبل البناء وبعده فإن كان مختلفا فيه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وبني بها فإنها تحل لمبتها بوطئ ثان غير الذي حصل به ثبوت الفاسد

---

(٩٢٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن علمت بخصائه... إلخ) أي: إن علمت بكونه خصيا حال الوطء؛ لأنها إذا علمت بذلك وسكتت حتى أتم الوطئ كان النكاح لازما ولا خيار لها. اهـ.

(٩٢٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تحل لمبتها) أي: على المشهور، ومقابله أنه لا يحلها. اهـ.

(٩٢٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا بفاسد) أي: لا تحل بوطئ مسند لنكاح فاسد. اهـ.

واختلف في الوطء الذي يثبت به الفاسد وهو الوطء الأول فقيل: تحل به المبتوتة بناء على أن النزع يعد وطاء. وقيل: لا تحل به بناء على أن النزع ليس بوطء. وهو إلا حوط هنا وأما الوطئ الذي بعد المضي فمحلل قطعا.

● ص:

ومحلل ويفسخ مطلقا ولو نوي إمساكها إن أعجبته ونيتها والأول لغوا.

● ش:

(محلل) عطف على (فاسد) من عطف الخاص على العام؛ لأن المحلل من جملة الفاسد المحرم لقوله ﷺ: (إلا أخبركم بالتيس المستعار) قالوا: بلي قال: (هو المحلل) ثم قال لعن الله المحلل والمحلل له رواه الدار قطني وهو حسن صحيح.

يعني: أن المرأة لا تحل لمبتها بنكاح المحلل وهو من قصد أن يحللها لمن أبتها ونكاح المحلل فاسد يفسخ مطلقا قبل البناء وبعده بطلقة بائنه ولها المسمى بالبناء على الأصح وقيل: مهر المثل. هذا إذا نوىٰ مفارقتها بعد وطئها أو لا نية له بل وإن نوي مع التحليل إمساكها أن أعجبته لانتقائه الإمساك على الدوام المقصود من النكاح والمضر الموجب للفساد نية الوج المحلل فقط وأما نية المرأة المطلقة ونية زوجها الأول التحليل فلولا أثر لها ولو اتفقا على ذلك فنيتهما التحليل لا تضر في حلها للأول إذا لم يقصده المحلل[1].

وقوله: (ولو نوي) مبالغة في الفسخ وعدم التحليل وقوله: (والأول) عطف على الهاء في (نيتها) فعطف على المجرور بغير إعادة الجار على مذهب ابن مالك أي: أن نيتها التحليل ونية زوجها الأول التحليل لغوا لا نضر ولو اتفقا على ذلك.

وقوله: (ويفسخ مطلقا) أي ما لم يحكم حاكم بصحته كالشافعي[2] فإن الشافعية والحنفية يجيزونه حيث لم يشترط في صلب العقد ويعاقب من عمل بنكاح

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا لم يقصده المحلل) أي: فالمعتبر في تحليها أو عدم تحليلها نية المحل دون غيره؛ لأن الطلاق بيده. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالشافعي) وإلا كان صحيحا؛ لأن حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية يرفع الخلاف ويصير المسألة كالمجمع عليها. اهـ.

المحلل من زوج وزوجة وولي وشهود لإن علموا وما ينقل هنا عن ابن القاسم وأشهب لا صحة له.

● ص:

وقبل دعوى طارئة[١] من بعد التزويج كبعد طول من حاضرة وإ لم تؤمن فخلاف.

● ش:

قوله: (التزويج) مفعول (دعوى) وقوله: (كبعد طول) تشبيه في القبول أي كما يقبل دعوى التزويج من حاضرة أن أمنت بدليل قوله: (وأن لم تؤمن) وثمرة قبول دعواها أنها تحل لمبتها.

يعني: أن المبتوتة إذا أدعت أنها تزوجت ثم طلقت أو مات زوجها الثاني وأرادت الرجوع لمن طلقها فلا يخلو إما أن تكون طارئة على تلك البلدة من بلد بعيد يشق عليها إثبات ما تدعيه أو حاضرة فيها فإن كانت طارئة من بلد بعيد يخفي خبرها ويعسر عليها إثبات دعواها فإنه يقبل منها دعواها التزويج للمشقة التي تلحقها لو كلفت ذلك وهذا كالمستثنى من قولهم: فلا بد في إلا حلال من شاهدين على التزويج وامرأتين على الخلوة وإتفاق الزوجين على الوطء فإن قربت البلد التي طرأت منها لم تصدق إلا بما ذكر.

وأما الحاضرة بالبلد فيقبل أيضًا دعواها التزويج وتحل لمن أبتها بشرط أو يطول الزمان من يوم طلاقها ودعواها التزويج بحيث يندرس فيه الخبر ويمكن فيه موت الشهود وأن تكون مأمونة في دينها فإن لم تكن مأمونة مع الطول فهل تصدق كالمأمونة أو لا تصدق؟ في ذلك قولان[٢].

وأما مع عدم الطول فلا تصدق قولا واحدا ومثل دعوى التزويج دعوى الطلاق أو الموت للزوج الثاني.

ولما كان من موانع النكاح الرق وهو قسمان ما يمنع مطلقًا وما يمنع من جهة

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دعوى طارئة) أي: من غير يمين. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قولان) الأول منهما لابن عبد الحكم والثانية لابن المواز وعلى الأول فالظاهر تحليفها. اهـ.

شرع في ذلك وبدأ بالأول فقال عاطفًا على مرفوع حرم:

● ص:

وملكه وملك فرعه.

● ش:

أي: أنه يحرم على المالك ذكرا أو أنثي التزوج بملكه فلا يتزوج الرجل أمته ولا المرأة عبدها للإجماع على أن الزوجية والملك لا يجتمعان لتنافي الحقوق أما في الثاني(١) وهو تزوج المرأة بعبدها فظاهر؛ لأنها إذا طالبته بنفقة الزوجية طالبها بنفقة العبودية(٢).

وأيضًا فإن له عليها سلطنة الزوجية ولها عليه بسلطنة الرقية.

فاللوازم على الزوجية متناء فيه تناء في اللوازم يدل على تناء في الملزومات وأما في الأول(٣) فلأن الأمة لا حق لها في الوطء ولا في القسمة بخلاف الزوجة فإذا طالبته بذلك بمقتضى الزوجية طالبها برفعة(٤) بمقتضى الملك.

وأيضًا فإن نفقة الرق ليست كنفقة الزوجة(٥) وليست خدمة الزوجة كخدمة الرق(٦).

وأيضًا فإن المقصود من النكاح تمليك البضع وذلك مندوح في عموم ملك الذات فلا ثمرة للنكاح إذ لا معنى لتحصيل الحاصل، والوسيلة إذا لم يترتب عليها مقصدها لم تشرع لكن هذا ظاهر في الأمة القن إلا أن يطرد الباب على وتيرة واحدة ويشمل الملك الكامل والمبعض وذا الشائبة كالكتابية والتدبير وأمومة الولد.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أما في الثاني) أي: إما تنافي الحقوق في الثاني. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بنفقة العبودية) أي: فيحصل التنازع أو يقال: إن كلا منهما صار عالا ومعولا وأمرا أو ومأمورا. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأما في الأول) أي: وهو تزوج الرجل أمته. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (برفعه) أي: برفع ذلك عنه... إلخ؛ فيحصل التنازع. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ليست كنفقة الزوجة) أي: بل أقل منهما فمقتضى كونها أمته أن تكون نفقتها قليلة ومقتضى كونها زوجة أن تكون نفقتها كثرة فإذا أراد تقليل نفقتها نظرا لكونها أمه طالبته بكثرتها نظرا لكونها زوجة فيقع التنازع بينهما. اهـ.

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كخدمة الرق) أي: فيحصل التنازع فيما ذكرا. اهـ.

وكذا يحرم على الشخص أن يتزوج بملك فرعه مطلقا ذكرا أو أنثى وإن سفل فلا يتزوج الأب أمة ولده الذكر أو الأنثى ولا تتزوج الأم بعبد أبنها ولا بنتها ولا يجوز للجد وإن علا أن يتزوج بأمة ابن أبنته ولا بأمة بنت ابنته هذا المعول عليه.

وقيل: لا يحرم ملك أولاد بنته؛ لأنهم أولاد رجل أجنبي. قال الشاعر:

بنونا بنوا أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولكن التعويل هنا على مطلق الفرعية ولو من الإناث ولا فرق في الأصل بين أن يكون حرًا أو عبدا لقوة شبهة الأصل في مال فرعه والضمير في (ملكه) فرعه للشخص الصادق بالذكر والأنثى وإذا وقع ما ذكر فسخ بلا طلاق[1]؛ لأنه مجمع على فساده فلا يثبت بالدخول ولا فرق بين أن يسبق الملك على النكاح أو يسبق النكاح على الملك كما لو ملك زوجته بشراء أو هبة أو إرث كما أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

فإن طرأ الملك فسخ بلا طلاق.

● **ش:**

يعني: أنه إذا طرأ ملكه أو ملك فرعه على زوجته فإنه يفسخ نكاحه بلا طلاق للإجماع على فساده سواء ملكها كلها أو بعضها وسواء ملكها بشراء أو هبة أو ميراث فإذا ملك الزوج زوجته أو ملكها فرعه فسخ النكاح أبدا بلا طلاق وإذا فسخ نكاح الزوجة بطروا الملك فهل يستبرأها بناء على أنها تصير أم ولد بما يكون في بطنها قبل الشراء أو لا؟ يأتي الخلاف في ذلك.

وبعبارة: إذا طرأ ملكه أو ملك فرعه لها أو لبعضها بعد التزويج بشراء أو هبة أو صدقه أو إرث كما لو أشترى الزوج زوجته أو الزوجة زوجها أو اشتراها أو اشتراه فرع كل فإنه يفسخ النكاح بلا طلاق.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فسخ بلا طلاق) أي: وهل له بعد فسخ النكاح وطئوها بالملك قبل الاستبراء أو لا بد من الاستبراء قبل وطئها قولان لابن القاسم وأشهب وسبب الخلاف هو أنها هل تصير أم ولد بالحمل السابق على الشراء أو لا تصير به أم ولد؟ فقال ابن القاسم: تصير به أم ولد فلا حاجة للاستبراء. وقال أشهب: لا تصير به أم ولد وحينئذ فيحتاج للإستبراء. اهـ.

وبعبارة: أخرى إذا تزوج الرجل بأمة نفسه أو بأمة ولده فسخ النكاح قبل الدخول وبعده بلا طلاق ولا فرق بين أن يسبق الملك النكاح أو يسبق النكاح الملك كما لو ملك زوجته أو زوجة أبيه أو زوج أمة بشراء أو هبة فجميع ذلك يفسخ فيه النكل بلا طلاق فإذا أزال الملك وجدد عقد النكاح فالعصمة باقية بتمامها.

ثم شبه في الفسخ بلا طلاق قوله:

● **ص:**

كملك امرأة زوجها.

● **ش:**

يعني: أنه المرأة الحرة أو الأمة إذا كانت متزوجة بعبد فطرأ ملكها أوملك فرعها على زوجها كله أو بعضه بوجه من وجوه الملك فإنها يفسخ نكاحها بلا طلاق وهذه الصورة مسغنى عنها لاندراجها في قوله: (فإن طرأ الملك فسخ) وإنما ذكرها ليرتب عليها قوله:

● **ص:**

ولو عتق عنها أو دفعت مالا.

● **ش:**

يعني: أن المرأة إذا ملكت زوجها فإنه يفسخ نكاحها إن كان ملكها له تحقيقا بل ولو تقديرا كما لو سألت سيده أو رغبته في أن يعتقه عنها فأعتقه عنها أو دفعت له مالا ليعتقه عنها ففعل وإنما فسخ في هذه الصور؛ لأن تقدر دخوله في ملكها ولذا كان لولا لها فقوله: (ولو عتق عنها أو دفعت مالا) مبالغة في الفسخ بلا طلاق المستفاد من التشيه قوله: (كملك امرأة).

وظاهر قوله: (ولو عتق عنها) أنه يفسخ ولو لم تسأل سيده العتق عنها والذي في الخرشي و«دك» أنه إذا اعتقه سيده عنها بغير سؤال منها فلا يفسخ ولها الولاء إن كانت حرة لسيدها إن كانت أمة ولذا قلنا في صدر العبارة كما لو سألت سيده... إلخ.

والحاصل: أنها إذا سألت سيده أو رغبته في العتق عنها أو دفعت له مالا[1]

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو دفعت له مالا) أي: خلافا لأشهب القائل أنه لا ينفسخ =

ليعتقه عنها ففعل فإنه يفسخ النكاح في هذه الصور الثلاث أما لو سألته لو رغبته في عتقه من غير تعيين[١] أو عينت غيرها أو دفعت مالا ليعتقه عن غيرها فأعتقه ولو عنها فلا ينفسخ النكاح ولكن ظاهر «المص» أنه إذا اعتقه عنها يفسخ مطلقا سألته أو لا.

● ص:

لا إن رد أو قصد بالبيع الفسخ.

● ش:

هذا مخرج من الفسخ أي لا ينفسخ النكاح أن رد شراؤها لزوجها للحجر[٢] يعني: أن الأمة المتزوجة بعبد إذا اشترت زوجها بغير إذن سيدها فرد السيد شراؤها له فإنه لا ينفسخ نكاحها بذلك لعدم تمام الشراء وهذا في غير المأذونه ولو في عموم تجارة[٣] وإلا فيسنفخ كالمكاتبة ومثل الأمة فيما سبق الحرة السفيهة إذا اشترت زوجها فرد وليها شرائها فإنه لا ينفسخ النكاح.

وقوله: (أو قصد) عطف على (رد)؛ أي: وكذا لا ينفسخ النكاح[٤] إذا قصد السيد والزوجة الحرة أو الأمة المملوكة لسيد الزوج ببيع زوجها لها الفسخ لنكاحه وإنما لم يفسخ معاملة لهما بتقيض قصدهما ومثله قصد السيد فقط فقوله: (قصد) بالبناء للمفعول أي كان القصد من السيد أو منها أو منهما خلافا لقول ابن عبد السلام[٥]

= النكاح؛ لأن العبد لم يستقر لها ملك عليه حقيقة وليس لها فيه إلا الولاء كما لو اعتقه السيد عنها من غير سؤال. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من غير تعيين) أي: تعيين المعتق عنه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للحجر) أي: عليها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (المأذونة ولو في عموم تجارة) أي: المأذون لها في شراء العبد إذن خاصا أو عاما كإذنه لها في التجارة كان ذلك الأذن بنص أو بتضمن لكتابته لها فإنه يفسخ النكاح. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وكذا لا ينفسخ النكاح) أي: وأما البيع فإنه يرد. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (خلافا لابن عبد السلام) والحاصل أنه إذا قصدت الزوجة والسيد بالبيع فسخ النكاح أو قصدت الزوجة ذلك وجدها لم ينفسخ النكاح ويرد البيع باتفاق ابن عرفة وشيخة وأما إن قصد ذلك السيد وحده فكذلك عند ابن عرفة خلافا لابن عبد السلام القائل بفسخ النكاح في هذه الحالة. اهـ.

بالفسخ في قصده هو وحده.

وصورة المسألة أن شخصا يملك عبدا وأمة فزوج الأمة للعبد ثم باعه لها وقصد السيد والأمة أو أحدهما ببيعه لها فسخ نكاحه فلا ينفسخ ويرد البيع معاملة بنقيض القصد وكذا إذا كانت حرة وقصد سيد الزوج ببيعه لها الفسخ وكذا قصدها أو قصدهما كما مر.

● ص:

فإن وهبها لعبد وقبل فسخ كأن لم يقبل إلا أن يقصد السيد النزع وإن كان الراجح أنه لا يجبر على الهبة.

● ش:

يعني: أن من زوج أمته من عبده ثم أن السيد وهب الزوجة لزوجها العبد فإن قبل الزوج هبتها من السيد فإن نكاحه يفسخ مطلقا قصد السيد بالهبة انتزاعها منه بعد الفسخ أو لا لدخولها في ملكة بمجرد العقد.

وكذا يفسخ أن لم يقبل الزوج الهبة بل ردها على السيد بناء على أنه يجبر على قبول الهبة إلا أن يقصد السيد[1] بالهبة انتزاعها منه بعد الفسخ فإن قصد السيد ذلك لم يفسخ فتحصل أنه إذا لم يقصد السيد انتزاعها فسخ بمجرد الهبة ولو لم يقبل وإذا قصد بالهبة انتزاعها فإن لم يقبل العبد فلا يتم الهبة ولا يفسخ النكاح لقصد السيد الإضرار وإن قبلها فسخ فلا تفترق إرادة السيد وعدم إرادته إلا إذا لم يقبل الهبة وهذه التفرقة مبنية على أن السيد يجبر عبد على قبول وإلا لم يكن للتفرقة معنى.

ولكن الراجح عدم جبره على قبولها فهو مشهور مبني على ضعيف وهو أن له جبره على قبول الهبة فقوله: (وإن كان الراجح... إلخ) مرتبط بقوله: (كأن لم يقبل) أي: كما يفسخ النكاح إن لم يقبل العبد الهبة من الأجنبي وإن كان الراجح عدم جبره على قبولها ولو بنينا على الراجح لقلنا بعدم الفسخ أن لم يقبل العبد مطلقا

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا أن يقصد السيد الانتزاع) أي: لإزالة عيب التزويج أو لا حلالها لنفسه. اهـ

قصد السيد النزع أو لا؛ لأنه ليس له جبره على قبولها.

ولما كان للأب شبهة في مال ولده ومن ثمرات تلك الشبهة عدم قطعة إذا سرق من ماله وعدم حده إذا وطء جاريته ونحو ذلك أشار إلى هذه الثمرات فقال:

• ص:

وملك أب جارية ولده بتلذذه بالقيمة.

• ش:

يعني: أن الأب وإن علا يملك جارية ولده وإن سفل بمجرد تلذذه بها سواء كان الولد صغيرا أو كبيرا حرا أو عبد، ذكر أو أنثى وإن لم يفوت على الأنثى استمتاعا؛ لأن على التمليك قوى الشبهة فيصان الوطء عن الفساد وسواء كان تلذذه بها بوطء أو مقدماته[1] وسواء تلذذ بها بنكاح أو غيره وإنما ملكها بالتلذذ لقوى شبهته في مال ولده لكن لا يملكها مجانا بل بالقيمة يوم التلذذ ولم تحمل وتبع بها إن عدم وتباع عليه فيها إن لم تحمل وعليه النقض وله الزيادة وللابن المأمون الذي لا يخاف منه وطئها بعد وطء أبيه أن يتمسك بها في عدم الأب[2].

وقال ابن عبد الحكم: للابن أن يتماسك بها مطلقا إن كان مأمونا فإن حملت لم تبع[3] وبقيت أم ولد ويطاؤها بعد باستبرائها من مائه الفاسد أن لم يكن استبراها قبل وطئه وإلا فله وطئها من غير استبراء؛ لأنه ملكها بمبدأ التلذذ فلم يقع ماؤه إلا في ملكه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بوطء أو مقدماته... إلخ) ولا حد على الأب حينئذ للشبهة في مال أبنه وحيث ملكها الأب بتلذذه بها فله وطؤها بعد استبرائها من مائه الفاسد؛ أي: لم يكن استبرئها قبل وطئه الفاسد خوفا من أن تكون حاملا من أجنبي وإلا حل له وطئها من غير. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أن يتمسك بها في عدم الأب) والحاصل أن الجارية إذا لم تحمل وكان الأب مليًا تعين أخذ القيمة منه وليس للولد أخذها وإن كان معدما خير الولد بين أخذه ما في القيمة وبين اتباعه بها فتباع عليه فيها فالزائد له والنقص عليه هذا هو المشهور ومقابله قول ابن عبد الحكم أن للولد أن يتمسك بها إن لم تحمل في تعيين أب وعدمه وله أن لا يتماسك بها ويأخذ منه القيمة حالا إن مليا ويتبعه بها إن أعسر وأما إذا حملت تعين بقاؤها للأب أم ولد وليس للولد إلا القيمة يأخذها حالا إن كان الأب موسرا ويتبعه بها إن معسر. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لم تبع... إلخ) أي: لا يجوز بيعها. اهـ.

لكن محل ذلك أن لم يكن وطئها الابن قبله وإلا حرمت عليهما معا كما يأتي ولا يجد الأب في وطء جارية ابنه ولو علم أن الابن وطئها لقوة الشبهة خلافا لما في الخرشي من حد العالم بذلك نعم يؤدب[1] على تجارئه ابتداء إذا تجارئ الابن ووطئها بعد وطء الأب حد على ما في «عب» و«خ».

والأظهر قول ابن رحال: لأحد عليه؛ لأن قول ابن عبيد الحكم الابن التماسك بها مطلقا شبهة قوية؛ لأنها ملكة على كل حال فعلى قول ابن رحال تحرم عليهما؛ لأن وطء الشبهة يحرم.

وأما على ما في «عب» و«خ»: فلا تحرم على الأب؛ لأنه زنى أوجب الحد ولا يحرم بالزنى حلال حيث لم يحصل من الابن وطء قبل الأب.

والباء في قوله: (بتلذذه) للسببية، وفي (بالقيمة) للمعية أو للتعويض وهما متعلقان بقوله: (وملك) والكلام في الأب الحر.

وأما العبد فأشار له بقوله:

● ص:

وإن كان عبد فكالجناية.

● ش:

اسم (كان) ضمير يعود على (الأب) يعني: أنه إذا كان الأب المتلذذ بجارية ولده عبد يكون تلذذه بها كالجناية على مال غيره فيجز السيد في إسلامه للابن[2] وفي فدائه بدفع قيمتها[3] له فإن أسلمه للابن عتق عليه والأمة ملك له سواء أسلمه بسيده أو فداه.

● ص:

وحرمت عليهما إن وطأها وعتقت على مولدها.

● ش:

تقدم أنه إذا وطئها الابن فقط حرمت على الأب وإن وطئها الأب فقط حرمت

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نعم يؤدب) أي: لم تجهل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في اسلامه للابن) أي: في القيمة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قيمتها) أي: الأمة. اهـ.

على الابن.

وذكر هنا أنهما إذا وطآها معا حرمت عليهما[1] معا سواء سبق وطء الابن أو الأب ومثل الوطء التلذذ وإذ حرمت عليهما عتقت ناجزا على من أولدها منهما؛ لأن كل أم ولد حرم وطئها نجز عتقها ولذا يعتق على الشخص محرمه كأمه أو أخته إن أولدها غير عالم فإن ولدت من كل منهما عتقت على السابق منهما وهو من أولدها أو لا فإن وطئها بطهر ولم توجد قافة تعين ألحق بهما وعتقت عليهما ويكون الولاء لهما كما.

لو وجدت وألحقته بهما ولذا قال «الش»: فإن يعلم بقافة فعليهما فيكون الولاء لهما؛ أي: فإن لم يعلم مولدها أو لا بقافة فعليهما نقتفي ويكون الولاء لهما وإن وطئها في طهرين وأتت به لستة أشهر من وطء الثاني فالولاء له؛ أي: للثاني وإلا فهو للأول.

وإذا عتقت على من أولدها فيغرم الأب قيمتها على أنها قن قياسا على الجناية عليها لأن الجاني على أم الولد تقوم عليه على أنها قن.

• ص:

وكره للعبد تزوج بنت سيده.

• ش:

يعني: أنه يكره للعبد أن يتزوج بابنة سيده لأنه ليس من مكارم الأخلاق ومؤدي إلى التنافر والتقاطع لأن النفوس تأنف ذلك فإن مات الأب فسخ نكاحهما لملكها بعضهم وربما ألغز بذلك قيل: مات شخص فانفسخ نكاح آخر.

وقوله: (وكره) هو معنى الثقل الذي ذكره الأصل بقوله: ولعبد تزوج ابنة سيده بثقل؛ بكسر المثلثة وفتح القاف ضد الخفة؛ أي: بكراهة، وعلل بعضهم الكراهة بأن النكاح معرض للفسخ بموت الأب فترثه ورد بجواز نكاح الابن أمة أبيه مع أنه معرض للفسخ بموت الأب؛ لأنه يرثها. وأجيب ببقاء حلية الوطء الملك بخلاف

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حرمت عليهما) أي: إذا كان الابن بالغا وإلا فلا تحرم على الأب لأن وطء الصغير لا يحرم بخلاف عقد نكاحه فإنه ينشر الحرمة. اهـ.

الابنة فإنها لا تعلل[1] العبد بالملك إذا ورثته ورد هنا الجواب بأنه قد يكون مع الابن وارث فيرث البعض فقط فلا يبقي حل الوطء بالملك فالأحسن ما عللنا به أولا.

وقوله: (وكره للعبد) أي: ولو مكاتبا فلو تزوج المكاتب بابنة سيده ثم مات الأب فإنه يفسخ النكاح والكتابة باقية عليه، وكذا إذا تزوج ابن السيد مكاتبة أبيه فإنه إذا مات يفسخ النكاح والكتابة قائمة.

● ص:

وجاز له أمة الغير.

● ش:

يعني: أنه يجوز للعبد أن يتزوج بأمة غير نفسه فيشمل أمة السيد والأجنبية سواء خشي العبد على نفسه العنت أو لا كان يولد له أو لا وجد طولا أو لا وإنما جاز له نكاح الأمة على كل حال دون الحر؛ لأنه ناقص بالرق فلا عار عليه في استرقاق ولده؛ لأن ذلك ليس بأكثر من رقه لنفسه.

وبعبارة: ليس على العبد أن يحرر ولده بتزوج حرة إذ ليس بأعظم من نفسه.

ثم شبه في الجواز قوله:

● ص:

كحر لا يلد أو خشي الزنى بعينها أو بغيرها وعجز عن حرة نفقة وإن كتابية.

● ش:

يعني: أن الحر الذي لا يولد له كالشيخ الفاني والخصي والمجبوب والعقيم يجوز له أن يتزوج أمة الغير مطلقًا خشي على نفسه العنت أم لا وجد طولا أي ما لا يصدق به الحرة أم لا كان ولده منها يعتق على سيدها أو لا إذ علة منع نكاح الأمة استرقاق ولده منها وهي منتفية هنا ولذا جاز له أن يتزوج العقيمة بدون شرط؛ لأنه لا يولد له منها وإن كان يولد له من غيرها.

وقوله: (أو خشي) عطف على (لا يلد) أي كما يجوز نكاح أمة الغير لحر لا يلد

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا تعلل... إلخ) أي: لا توطء بالملك. اهـ.

أو يلد وخشي الزنى... إلخ.

والمعنى أن الحر الذي يولد له يجوز له أن يتزوج بأمة غير أصله كآبائه وأمهاته بشرط أن يخشى على نفسه الزنى في تلك الأمة بعينها لتعلق قلبه بها ولو قدر على حرة أو يخشى الزنى في غيره ولكن عجز عن حرة تعفه عن الزنى بأن لم يجد ما يصدق به الحرة ولا ما ينفقه عليها من نقد أو عرض أو دين على مليء أو ما يملك بيعه أو إجارته إلا دار سكناه[1] كما قاله ابن فرحون ومن الطول كتابة المكاتب وخدمة المعتق لأجل بخلاف خدمة المدبر؛ لأنه لا يملك بيع منافعه المدة الطويلة لجهل قدرها، وأما عبد الخدمة ودابة ركوبه وكتب الفقه المحتاج من جملة الطول[2].

وقوله: (حرة تعفه صادق) بما إذا عجز عن الحرة أصلا وبما إذا وجد حرة أو أكثر ولكن لا تعفه فيبح له تزوج الأمة إذا كان عنده حرة أو أكثر لا تعفه وعجز عما يحصل به الاعفاف من الحرائر ولو كتابيات.

فإذا قدر على ثلاث حرائر ولم تعفه إلا الرابعة ولم يقدر على ما يتزوجها به من المال فإنه يباح له أن يتزوج الأمة وإذا كانت تحته حرة فأكثر إلى ثلاثة ولا يعف إلا بالرابعة فكذلك فالحرة في كلامه المراد منها الجنس فتصدق بالمتعدد والحرة الكتابية كالمسلمة في ذلك فعجزه عن الكتابية يبيح له الأمة كعجزة عن الحرة المسلمة وقدرته عليها لا تبيح له الأمة كالحرة المسلمة ولذا بالغ عليها بقوله: (وإن كتابية).

وكما في القدرة الصاق يعتبر في القدرة أيضا النفقة كما قدمنا فإن عجز عن واحد من الأمرين كان كعجزه عنهما ومن العجز مغالاة الحرة كثيرا أي طلبها مهرا كثيرا خارجا عن العادة إلى الصرف فإن لم يجد غير الحرة المغالية تزوج الأمة وصار وجودها كالعدم.

وكذا إن خشي زنى في أمة بعينها لتعلقه بها فيتزوجها بلا شرط على المعتمد

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا دار سكناه) أي: ولو كان فيها فضل عن حاجته. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فمن جملة الطول) والفرق بينها وبين دار السكنى أن الحاجة لدار السكنى أشد من الحاجة للدابة والكتب. اهـ.

وإن تزوج أمة ولم تعفه تزوج ثانية وهكذا إلى أربع وإن عفته أمة فلا يتزوج ثانية.

وقولنا: بأمة غير أصله احترازا من أمة أصله كالأب والأم وأصولها ذكورا أو إناثا فإنه يجوز له تزوجها مطلقا خشي العنت أم لا وجد للحرائر طولا أم لا؛ لأن علة المنع استرقاق ولده لسيد الأمة وهي منتفية هنا لتخلف ولده على الحرية وإلى ذلك أشار بقوله:

● **ص:**

وله تزوج أمة أصله الحر مطلقا.

● **ش:**

يعني: أنه يجوز للحر أن يتزوج بأمة أصله كأمة أبيه وأمه وجده وإن علا أو جدته وإن علت؛ لأن ولده من أمة أصله متخلق على الحرية بشرط أن يكون الأصل حرا أما لو كان الأصل رقيقا والزوج حرا فلا يجوز لعدم عتق أولاده على أصله الرقيق وإنما تكون أولاده أرقاء للسيد الأعلى وحينئذ تصير أصله كأمة الأجنبي فلا يتزوجها إلا إذا خشي الزنى بها أو بغيرها وعجز عن حرة.

وقوله: (مطلقا)؛ أي: سواء خشي العنت أو لا وجد طولا أو لا.

تنبيه:

علم من جعل الشرطين السابقين في الحران لخطاب في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ...﴾ [النساء:٢٥] إلخ، للأحرار والطوب بفتح الطاء المال الذي يدفعه صداقا ونفقة لها وقوله: (أن خشي الزنى) تعبير للشرط الثاني في الآية وهو قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ﴾، والعنت بفتحتان هو الزنى واصل العنت التعب والمشقة أطلق على الزنى؛ لأنه يترتب عليه العنت في الدنيا بالحد وفي الآخرة بالعذاب.

وقوله: (وعجز عن حرة) تعبير للشرط الأول في الآية وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾، والمحصنات الحرائر وبقي عليه شرط آخر وهو إيمان الأمة المشار له في الآية بقوله تعالى: ﴿ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾، ولم يذكره لما يأتي بعد في حرمة نكاح الكافرة.

واعلم أنه إذا تزوج الأمة بشرطها ثم زال المبيح لم ينفسخ كما أشار له بقوله:

• ص:

ولا فسخ أن وجد طولا.

• ش:

يعني: أنه إذا تزوج الأمة لعدم الطول ثم وجد بعد التزويج طولا، فإنه لا ينفسخ نكاحه.

وكذا إذا قطع ذكره مثلًا وأمن من الزنى فلا يفسخ نكاحه، وكذا إذا تبين مال لم يعلم به إذ ذاك أي وقت التزويج وإنما لم يفسخ بوجود المال أو بعلمه به بعد أو بالأمن من الزنى؛ لأنها شروط في الابتداء فقط لا في الدوام.

تنبيه:

إذا تزوج الحر الأمة بدون شرطها فسخ قبل الدخول بطلاق لا بعدة، وإن لم يطل على الأظهر لكثرة الخلاف فيه في المذهب وخارجه حتى قال ابن رشد المشهور جوازه بلا شرط كما في الحطاب.

قال «حش»: وانظر ماذا يجيب به المجيز عن الآية هل يراها بيانًا للكمال فقط أو ثبت عنده؟ نسخ حرره.

• ص:

وله الرجعة معه.

• ش:

يعني: الحر إذا تزوج الأمة لعدم الطول ثم طلقها ثم وجد طولًا فإنه يجوز له رجعتها مع وجود الطول؛ لأن عدم الطول إنما هو شرط في الابتداء[1] كما مر والرجعية زوجة مادامت في العدة، فالضمير في (معه) عائد على الطول. أما لو طلقها بائنًا فلا يجوز له مراجعتها إلا مع عدم الطول.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (شرط في الابتداء) وهو المعتمد وقيل: إنها ـ أي: الشروط ومنها الطول ـ معتبرة في الابتداء أو الدوام، وعليه إذا تزوج الأمة بشروطه ثم زال المبيح انفسخ النكاح ولا تصح الرجعة. اهـ.

● ص:

وخيرت الحرة مع الحر إن صاحبت بطلقة بائنة[1] وإن ثانية أو وجدت أكثر مما علمت.

● ش:

يعني: الزوجة الحرة إن صاحبت أمة في عصمة زوجها الحر سواء كانت سابقة على الأمة أو لاحقة لها فإنها تخير مع زوجها الحر إما أن ترضى بالمقام معه أو تفارقه بطلقة وهي بائنة كما هو قاعدة ما أوقعه غير إلا في الإيلاء والعسر بالنفقة فرجعي. فإن أوقعت أكثر لم يلزمه إلا واحدة.

وصورة المسألة: أن الحر تزوج أمة بالشروط ثم تزوج عليها حرة ولم تعلم الحرة بنكاحه الأمة أو تزوج أولًا الحرة ولم تعفه، ثم تزوج عليها الأمة، فإن الحرة تخير في الصورتين بين المقام والفراق بطلقة بائنة، فإذا رضيت بالمقام فلا خيار لها بعد.

فقوله: (بائنة) خبر لمتبدأ محذوف والجملة بيان للحكم وليس المراد أن المرأة تقول: طلقت نفسي طلقة بائنة، كما مر نظيره، و(بطلقة) متعلق بخيرت.

وقوله: (وإن ثانية) مبالغة في التخيير أي: أن الحرة تخير مع زوجها الحر إذا جمع مها أمة وإن كانت الأمة ثانية، وقد رضيت بالأولى ف إذا رضيت بأمة وجدتها معه، ثم تزوج بأمة ثانية فللحرة الخيار وليس رضاها بالأولى مبطلًا لخيارها في الثانية.

وقوله: (أو وجدت أكثر) معطوف على قوله: (إن صاحبت أمة) يعني: أن الحرة إذا علمت بأمة أو اثنتين فوجدت أكثر من ذلك فإنها تخير بطلقة بائنة، وكذا إذا رضيت بأن يتزوج واحدة فتزوج أكثر مما رضيت به فلها الخيار.

واحترز بالحر من العبد فإنه إذا تزوج الأمة على الحرة أو تزوج الحرة على الأمة فلا خيار للحرة؛ لأن الأمة من نساء العبد، واحترز بالحرة من الأمة إذا صحبت حرة سابقة أو لاحقة فإنها لا خيار لها مع الزوج مطلقًا حرًا أو عبدًا.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بائنة) إذ هو كطلاق الحاكم. اهـ.

تنبيه:

يجوز للعبد الوغد والمكاتب الوغد؛ أي: قبيح المنظر أن ينظر إلىٰ شعر سيدته[1] وبقية أطرافها التي ينظرها محرمها وتجوز له أيضا الخلوة بها بشرط أن يكون كاملًا لها ويمتنع في المشترك ولو مع الزوج وأولىٰ ما لا شيء لها فيه من رق أو حي وغير الوغد لا يجوز له ذلك.

ويجوز لعبد الزوج الخصي[2] النظر إلىٰ شعر زوجة سيده لا غير الخصي الوغد فلا يجوز له ذلك كالحر ولو وغد، ذُكِرَ ذلك في الأصل هنا وذكره «المص» في أول الكتاب، وإنما أعدته هنا تنبيهًا علىٰ ما قد يغفل عنه ولئلا يتوهم الناظر في هذا المبحث فقط أن «المص» أخل بما في الأصل واهتمامًا بذكر الأحكام في محل كان ويتفق لي ذلك كثيرًا في هذا الكتاب لأجل هذه النكت.

● **ص:**

ويبوئت أم الولد والمكاتبة كغيرهما لشرط أو عرف.

● **ش:**

يعني: أن أم الولد والمكاتبة إذا زوجهما السيد فإن كل منهما تبوأ بيتًا عن سيدها؛ أي: تفرد مع زوجها في منزل غير منزل سيدها جبرًا عليه؛ لأن السيد ليس عليهما ما يعتد به إذ المكاتبة أحرز نفسها وما لها وأم الولد ليس له فيها إلا يسير

---

(١) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (إلىٰ شعر سيدته... إلخ) والحاصل: أن مذهب المدونة جواز نظر العبد والمكاتب الوغدين لشعر السيدة وهو المشهور؛ لأن باب الطمع مسدود من الجانبين، وقال ابن عبد الحكم: يمنع من رؤية شعر سيدته لعموم الفساد في قدم الزمان فلم يبقَ كالزمان الذي قال الله فيه: أو ما ملكت أيما نهن. وقول ابن عبد الحكم: يمنع رؤيته لشعر سيدته وجيه. وإن كان المعتمد الجواز ثم إن الشيخ سالمًا السنهوري جعل النظر لبقية اطرافها والخلوة بها مثل الشعر في الجواز فرد عليه عج بأن الخلاف إنما هو في رؤية الشعر والمشهور الجواز وأما رؤية بقية الأطراف والخلوة فكل ممنوع وبويت من غير خلاف والمعول عليه ما قاله الأجهوري من قصر الجواز على رؤية الشعر. اهـ.

(٢) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (الخصي) وهو مقطوع الذكر قائم الأنثيين وأما ذاهب الأنثيين قائم الذكر بمنزلة السالم فلا يجوز له رؤية شعرها إلا إذا كان ملكا لها والفرض أنه وغد. اهـ.

الخدمة وسقط ما له عليها من الاستمتاع بالتزويج. وكذا يبوأ غير أم الولد والمكاتبة لشرط من الزوج أو لعرف بذلك.

وبعبارة: تبوأ أم الولد والمكاتبة بلا شرط ولا عرف؛ لأن السيد لا خدمة له فيهما كما في غيرهما إلا أن تعجز المكاتبة فكالأمة القن، وأما المبعضة فإنها لا تبوأ في يوم سيدها إلا لشرط أو عرف ويشملها قوله: (كغيرهما)؛ أي: غير أم الولد والمكاتبة مع الزوج جبرًا عن السيد لشرط من الزوج قبل العقد أو حينه أنها تفرد عن سيدها أو لعرف جرى بذلك.

وظاهر تقديم الشرط على العرف أن تنافيا، فإن لم يكن هناك شرط ولا عرف بالتبوء فلا تفرد ببيت مع زوجها عن سيدها جبرًا عنه بل تبقى ببيت سيدها ويأتيها زوجها فيه؛ لأن انفرادها مع زوجها يبطل حق سيدها من الخدمة أو غالبها وحقه فيها ثابت.

● **ص:**

وللسيد السفر بمن لم تبوء.

● **ش:**

يعني: أن السيد إذا زوج أمته ولم تبوء مع زوجها فإنه يجوز للسيد أن يسافر بها أو يبيعها لما يسافر بها ولو طال السفر؛ لأن السيد له عليها الخدمة وإن كانت النفقة على الزوج ويقضي للزوج بالسفر معها إن شاء إلا لشرط أو عرف بعدم سفرها مع السيد فلا يسافر بها.

وأما من بوئت فليس للسيد السفر بها إلا لشرط أو عادة، وهل للزوج السفر بالمبوئة كالحرة مع الأمن أو ليس له ذلك؛ لأنه يمنع السيد مما له فيها من الخدمة في ذلك تردد.

● **ص:**

والمنع حتى يقبض المهر إلا أن يبيعها.

● **ش:**

يعني: أن سيد الأمة إذا زوجها فله منعها من الدخول والوطئ بعده حتى يقبض

مهرها من الزوج كما للحرة منع نفسها لذلك إلا أن يبيعها السيد قبل قبض المهر فلا تحجير له عليها لخروجها عن ملكه ولا كلام للمشتري؛ لأن المهر ليس له إلا أن يشترطه فيكون له المنع فقوله: والمنع عطف على السفر؛ أي وللسيد السفر وله المنع... إلخ.

● ص:

وله إلا لدين بإذن أن يضع جميعه.

● ش:

قوله: (وله) أي للسيد، والجار والمجرور خبر مقدم.

وقوله: (أن يضع) في تأويل مصدر مبتدأ مؤخر و(إلا لدين) استثناء مقدم على المستثنى منه وإنما قدمه لئلا يتوالى الاستثناء، وكان الأحسن عطف الاستثناء الثاني على الأول بأن يقول وله أن يضع جميعه إلا لدين بإذن وإلا قبل الدخول فما زاد.

والمعنى: يجوز للسيد أن يضع عن الزوج جميع مهر الأمة وأولى بعضه ولو بغير رضاها؛ لأنه حق له إلا أن يكون على الأمة دين تداينته بإذن السيد فإنه لا يجوز له حينئذ أن يضع من صداقها شيئًا إذا كان الدين محيطًا بالصداق فإن لم يحط به فله وضع الزائد على الدين. فقوله: (بإذن) يعلم منه أن الدين عليها؛ لأنها التي تحتاج للإذن فلذا استغنى عن أن يقول: إلا لدين عليها وأولى في عدم جواز وضع الصداق إذا كان الدين عليه؛ أي: على السيد وأما ما تداينته بلا إذن منه فله إسقاطه عنها[1] لأن رب الدين مفرط بمعاملة المحجور.

● ص:

إلا قبل الدخول، فما زاد على ربع دينار.

● ش:

يعني: أن للسيد أن يضع عن الزوج جميع مهرها إلا إذا كان قبل الدخول فليس

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فله إسقاطه عنها... إلخ) وإذا كان له ذلك فلا يمنع ذلك الدين وضع الصداق. اهـ.

له وضع جميعه بل له وضع ما زاد على ربع دينار[1] فقط.

وأما ربع الدينار فلا يجوز له إسقاطه؛ لأنه حق الله[2] تعالى فتحصل أن للسيد إسقاط جميع الصداق عن الزوج بشرطين:

الأول: أن لا يكون عليها دين بإذن منه، وإلا فليس له إسقاطه ودينه كدينها.

الثاني: أن يكون الإسقاط بعد الدخول وأما قبله فلا يسقط منه إلا ما زاد على ربع دينار؛ لئلا يعري البضع عن بدل.

والشرط الأول عام والثاني خاص بمن لم يدخل بها.

● ص:

وأخذ جميعه وإن قتلها أو باعها بمكان بعيد إلا لظالم.

● ش:

(أخذ) مصدر معطوف على (أن يضع) أي وله أخذ جميع صداقها يعني: أن السيد إذا زوج أمته فإنه يجوز له أخذ جميع صداقها لنفسه ولو قبل الدخول كما قال ابن القاسم وهو المعول عليه خلافًا لابن الحاجب في قوله: إلا ربع دينار على المنصوص لحق الله تعالى وعزاه بعضهم للمدونة.

وقوله: (وإن قتلها) مبالغة في أخذ السيد جميع مهرها؛ يعني: أن السيد له أخذ جميع مهر أمته ولو قتلها بنى بها الزوج ام لا وتكمل عليه بالقتل إذ لا يتهم السيد على أنه قتلها لأجل أن يتملك صداقها بالموت؛ لأن الغالب أن قيمتها أكثر من مهرها.

وكذا للسيد أخذ جميع مهرها ولو باعها بمكان بعيد يشق على الزوج الوصول إليه إلا إذا باعها قبل الدخول لظالم لا يتمكن الزوج معه من الوصول إليها فلا يلزم الزوج الصداق ويرده السيد إذا قبضه ومتى قدر الزوج على الوصول إليها دفعه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على ربع دينار) أي: لها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأنه حق الله) أي: فإذا أخذه كله أو أسقطه كله صار بعدها بغير عوض بخلاف ما إذا اخذت ربع دينار، ولكن هذا ضعيف والمعتمد له أن يأخذه كله، وقوله: لحق الله. يقال فيه: إن السيد قائم مقامها وما لها ماله فحق الله حاصل بأخذه جميعه لنفسه. اهـ.

للسيد[1] ومثل بيعها للظالم هروبها بمكان لا يعلم فلو طلق الزوج بعد بيعها للظالم أو هروبها فلا شيء على الزوج من الصداق وفرض المسألة أن البيع أو الهروب قبل الدخول كما قدمنا لا بعد الدخول فيلزم الزوج جميع الصداق.

وبعبارة: إذا باع السيد أمته لمن يسافر بها لمكان بعيد يشق على الزوج الوصول إليها قضي له بأخذ صداقها من زوجها أو نصفه إن طلقها قبل البناء إلا أن يشترطه المبتاع فيكون وإلا إذا باعها لظالم فليس له أخذه ولا يلزم الزوج صداق ورده السيد إن أخذه.

ولما قدم أنه يجوز للسيد أخذ مهر أمته ومنعها من الزوج حتى يقبضه وإسقاطه إلا ربع دينار كما في كتاب النكاح من المدونة وكل هذا يدل على أن له حبس صداقها وتركها بلا جهاز ذكر ما ينافيه بقوله:

● ص:

وفيها تجهيزها به وهل خلاف وعليه الأكثر أو هذا إن بئت أو لم يجهزها من عنده أفهام.

● ش:

يعني: أنه وقع في كتاب الدهون من المدونة أنه يلزم السيد تجهيز أمته بمهرها وهل هو مخالف لما سبق في كتاب النكاح من أن السيد يأخذه وعلى ذلك أكثر الشيوخ أو لا خلاف بين الموضعين بل لبينهما وفاق فيحمل الأول الذي يدل على أخذه صداقها على امة لم تبوء ويحمل الثاني الذي ذكر فيه أنه يجهزها بمهرها على أمة بوئت؛ لأن المبوئة تحتاج للشورة أو يحمل الأول على أمة جهزها من عنده فجاز له أخذ صداقها والثاني على من لم يجهزها من عنده فيلزمه تجهيزها به إفهام ثلاثة واحد بالخلاف وعليه الأكثر واثنان بالوفاق وعليها الأقل.

فالضمير في قوله: (وفيها) للمدونة المعهودة عند أهل المذهب فمتى أتو بضمير مؤنث عائد على غير مذكور كان للمدونة.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دفعه للسيد) أي: للذي باعها؛ لأنه مال من أموالها ومال الرقيق إذا بيع لبائعه وإنما لزم الزوج دفعه للسيد إذا تمكن من الوصول إليها؛ لأن النكاح صحيح. اهـ.

والضمير في (به) عائد على المهر؛ أي: وفيها يلزمه تجهيزها بالمهر.

وقوله: (أو هذا) اسم الإشارة عائد على الموضع الثاني من المدونة القائل بلزوم تجهيزها بالمهر.

وقوله: (إن بوئت) إشارة لتأويل الوفاق؛ أي: أن هذا الموضع القائل بلزوم التجهيز يحمل على ما إذا بوئت، والموضع الدال على أخذه يحمل على من لم تبوأ.

وقوله: (أو لم يجهزها من عنده) (من) إشارة للثاني منهما؛ أي: أو يحمل هذا الموضع على من لم يجهزها من عنده ويحمل الموضع بأخذه على ما إذا جهزها من عنده.

• ص:

وإن أعتقها بشرط أن تتزوجه فحرة ولا يلزمها بخلاف إن أسلمت.

• ش:

يعني: أن السيد إذا أعتق أمته على شرط أن تتزوجه هو أو غيره فهي حرة ولا يلزمها الوفاء[1] بالوعد؛ لأنها ملكت نفسها بمجرد العتق والوعد لا يقضي بخلاف من قال لأمته النصرانية مثلا أنت حرة على أن تسلمي فإنها إذا أبت الإسلام لا تعتق والفرق بينهما أن التي أعتقها بشرط التزوج لا كلام لها في الزوجية إلا بعد العتق وهي إذا عتقت صارت حرة لا تجبر على النكاح.

وأما التي أعتقها بشرط الإسلام فيمكنها الإسلام وهي رقيق فردها للإسلام رضا منها بأنها لا تعتق وحاصلة أنه في هذه من باب التعليق فكأنه قال: أنت حرة إن شئت الإسلام وهي لم تشأه مع قادرة عليه حالة الرق وأما في الأولى فهو من باب الوعد والوعد لا يلزم الوفاء به.

فإن قلت: هذا وعد أدى للتوريط فيلزم.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يلزمها الوفاء... إلخ) يعني: أن الإنسان إذا أعتق أمته بشرط أن تتزوج به أو بغيره فلما تم عتقها امتنعت من ذلك فإنه لا يقضي عليها به ولا يلزمها الوفاء به لأنها ملكت نفسها بمجرد العتق والوعد ولا يلزم الوفاء به. اهـ.

قلنا: وعد الرقيق كلا وعد[1]؛ لأنه مقهور بسبب الملكية ولذا قال «الش»: ولم ينظروا للتوريط؛ لأن وعد الرقيق كلا وعد لكن الأولى لها الوفاء بما التزمت حيث جاز الشرط وإلا فلا يجوز الوفاء به كما لو أعتقها على أن عتقها صداقها إذ العتق ليس بمتمول.

وبعبارة: إذا أعتق أمته على شرط أن تتزوج به فامتنعت من الزواج بعد العتق فهي حرة ولا يلزمها الوفاء بذلك؛ لأنها ملكت نفسها بمجرد العتق والوعد لا يقضي به.

وهذا بخلاف من قال لأمته الكافرة: أنت حرة إن أسلمت. فأبت الإسلام فإنها لا تعتق.

والفرق بينهما: أن الكافرة كأنه قال لها أنت حرة إن شئت الإسلام؛ لأنها تملكه فردها الإسلام رضي بعدم العتق. وأما التي أعتقها بشرط التزويج إنما صار لها الخيار بعد العتق.

وحاصله: أن الإسلام بيدها قبل العتق بخلاف تصرفها في تزويج نفسها منه، فإنما يكون لها بعد العتق اذ قبله لا تعرف لها في ذلك؛ لأنها في ملك السيد فالعتق في الأولي معلق على أمر بيدها قبل العتق بخلاف الثانية قال «خ».

تنبيه:

إذا أعتقها بشرط أن تتزوج فلانا فلا يلزمها أن تتزوج بفلان ولو دفع فلان مالا ولا رجوع له به؛ لأنه لما كان الشارع متشوقا للحرية كان دفع المال في نظير العتق فقط لا في نظير التزويج.

● **ص:**

وإن باعها لزوجها فإن كان قبل البناء سقط نصف الصداق وظاهرها ولو يبيع سلطان لفلس وهو الصواب وفي الأسمعة لا يسقط وهل خلاف أو معناه لا يرجع في الثمن بل يتبع السيد فهما ن وبعده كما لها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كلا وعد) والوعد الذي يلزم بسببه التوريط هو الوعد المعتبر وهو وعد الأحرار إلا أنه يرد أن هذا من الغرر القولي وهو لا يلزم. اهـ.

● ش:

يعني: أن السيد إذا باع أمته لزوجها فإن كان بيعها له قبل البناء فإنه يفسخ النكاح ويسقط عن الزوج نصف صداقها وإن قبضه السيد رده أو يرجع به الزوج عليه من الثمن؛ لأن الفسخ جاء من قبله وظاهر المدونة أن النصف يسقط عن الزوج ولو باعها السلطان على السيد لزوجها لفلس حصل للسيد وهو الصواب.

وفي الأسمعة عن ابن القاسم أن النصف لا يسقط عن الزوج ببيع السلطان له؛ لأن السيد لم يتعمد بيع السلطان، أي لم يبع من قبله، وهل ما في الأسمعة خلاف ما في المدونة، وإليه ذهب أبو عمران أو وفاق كما ذهب إليه كثير من الاشياخ، فهمان.

والقائل بالوفاق بينهما بجمل قول الأسمعة لا يسقط على معنى أنه لا يرجع به من الثمن الذي يدفعه، ولكن يتبع به السيد في ذمته؛ لأنه كدين ظهر بعد الفلس فآل الأمر للسقوط كما هو ظاهر المدونة، فليس عدم السقوط الذي في الأسمعة حقيقيًّا حتى يكون مخالفًا لما في المدونة، بل معناه أن الزوج إذا كان أقبض النصف للسيد لا يرجع به من الثمن الذي يدفعه له، بل يتبع به ذمته فعدم الرجوع به من الثمن لا ينافي أنه يتبعه به في الذمة ففي الحقيقة هو ساقط وفاقا لما في المدونة هذا إذا باعها له قبل البناء.

وأما إذا باعها له بعد البناء فصداقها كما لها يتبعها في العتق لا البيع إلا لشرط.

وبعبارة: إذا بيعت الأمة لزوجها بعد البناء فصداقها كما لها فللسيد انتزاعه ويتبعها إن عتقت لا إن بيعت إلا لشرط، وفي الهبة قولان.

ولا يسقط عن الزوج بيعها له أو لغيره من سيد أو سلطان غير ذلك من أحكام مالها.

تنبيه:

ظاهر قول «المص»: (بل يتبع الحد) أنه لا يحاصص به الغرباء وهو كذلك كما في «عب» واعتمد من المحاصصة. وقوله: (الأسمعة) جمع سماع بمعنى: مسموع؛ أي: ما سمع من ابن القاسم.

• **ص:**

وإن نكح أمة لا تحل مع حرة، صح للحرة، إلا سيدتها فيفسخ عليهما.

• **ش:**

يعني: أن من نكح أمة لا تحل له لعقد شرط مما مر مع حرة في عقد واحد، فإن النكاح يصح في الحرة فقط ويبطل في الأمة، إلا أن تكون الحرة سيدة الأمة فإنه يفسخ فيهما معًا لاتحاد المالك؛ لأن السيدة تملك المهرين فلا يتميز الحلال من الحرام.

أما إذا كانت الأمة تحل له فإنه يصح في الحرة والأمة جميعا ولا فرق بين السيدة وغيرها ويتصور حلية تزويج الأمة مع الحرة فيما إذا خشي الزنى في أمة بعينها فإن له تزويجها بلا شرط كما في الواضحة.

فإن قلت: صحة النكاح في الحرة دون الأمة فيما سبق مشكل؛ لأن القاعدة أن: (الصفقة إذا جمعت حلالا وحراما، غلب جانب الحرام وبطلت كلها).

قلنا: لا إشكال؛ لأن ذلك في الحرام بكل حال كجمع خل مع خمر أو ثوب مع خنزير في عقدة البيع والأمة يجوز نكاحها في بعض الأحوال كما إذا وجدت الشروط فنكاحها يقبل المعارضة في الجملة بخلاف الحرام المطلق فإنه لا يقبلها بكل حال.

وأيضا نظروا لحقت حرمة الأمة لكثرة الخلاف فيها فلم تقو على التأثير فيما صاحبها من الحلال.

وأما جمع خمس في عقد واحد فيبطل في الجميع، وبفسخ قبل الدخول وبعده؛ ولو طال.

ولو سمي لكل واحدة صداقا ولا ارث لواحدة منهن ومن بنى بها فلها المسمي إن كان وإلا فصداق المثل.

وتعتد بالإقراء إن كانت تحيض ومحل فسخ الجميع ما لم تكن أحد الخمس امة لا تحل لفقد الشروط وإلا فسخ نكاحها فقط ويدل على ذلك قوله فيما مر وان نكح امة لا تحل مع حرة؛ لأن المراد من الحرة الجنس فيشمل الواحدة والمتعددة وكذا أن جمع المرأة ومحرمها في عقد كعمتها أو خالتها فإنه يفسخ النكاح فيهما أبدا ولو

ولدت الأولاد ولا إرث وإنما فسخ في الجميع لعدم تعيين الحرام بخلاف الحرة مع الأمة ذكر ذلك الأصل ولم يذكره «المص» لتقدمه في كلامه.

● ص:

وله العزل في أمته كالحرة إن أذنت.

● ش:

يعني: المالك يجوز له العزل في أمته أي عدم الإنزال في فرجها بأن يمنى خارج الفرج ولو لم تأذن كالزوجة الحرة يجوز لزوجها العزل إن أذنت له في العزل مجانا أو بعوض صغيرة أو كبيرة ولا يعتبر إذن وليها ولو كانت صغيرة فقوله: إن أذنت قيد فيما بعد الكاف.

ثم شبه في الجواز بالأذن قوله:

● ص:

كالأمة إلا أن يلد مثلها فحتى يأذن سيدها أيضا.

● ش:

أي: وكذا يجوز العزل في الأمة لغيره أن أذنت فيكفي إذنها إذا كان مثلها لا يلد بأن يمتنع حملها كصغيرة وأيس وحامل فإن كان مثلها يلد فلا يجوز له العزل حتى يأذن سيدها أيضا لحق في الأولاد منها.

● ص:

وحرم قطع نسل وإسقاط حمل.

● ش:

أي: أنه يحرم على الرجل قطع نسله أو تقليله بسبب تعاطيه ما يقطع مائه أو ما يقلله كمال الحطاب وانظر هل المرأة كذلك أولا تردد وأفتى بعضهم بأنها كالرجل.

وافتي بعض الشافعية بأنه لا يحل للمراة أن تستعمل دواء يمنع الحبل ويحرم على المرأة إسقاط حملها بشرب ما يسقطه ولو قبل الأربعين على الراجح من كلامهم.

وكذا لا يجوز للزوج أن يفعل بها ما يسقطه وقيل: يكره لها قبل الأربعين إن

رضي الزوج بذلك وقيل: بالجواز قبل الأربعين.

الراجح الحرمة قال «دك»: ولا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما، وإذا نفخت في الروح حرم إجماعا.

وبعبارة: يحرم إسقاط الحمل «عب» إلا من زنى وخافت القتل قال «حش»: خصوصا إذا كانت بكرا.

● ص:

وجاز نكاح كتابية فقط بكر وأمتهم بالملك.

● ش:

يعني: أنه يجوز للمسلم نكاح الكتابية فقط مع الكراهة عند الإمام مالك؛ لأنه لا يمنعها من خمر ونحوه.

ولو تضرر لدخوله على ذلك بخلاف البصل ونحوه كالكراث والفجل فله المنع.

وكذا يجوز للمسلم وطء الأمة من الكتابيين بالملك لا بالنكاح فلا يجوز كغير الكتابية مطلقا بنكاح أو ملك وجوز ابن القاسم نكاح الكتابية بلا كراهة لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة:٥] أي الحرائر.

وبعبارة: إنما كره مال ذلك في بلد الإسلام؛ لأنها تتغذي بالخمر وتغذي ولده به وهو يقبلها ويضاجعها وليس له منعها من ذلك ولا من الذهاب للكنيسة وقد تموت وهي حامل فتدفن في مقابر الكفار وهي حفرة من حفر النار.

وتتأكد الكراهة بدار الحرب لتركه ولده بها وخشية تربيتها له على دينها ولا تبالي بإطلاع أبيه على ذلك؛ لأن لها قوة بدار الحرب لم تكن بدار الإسلام والكتابية شاملة اليهودية والنصرانية فيجوز نكاح اليهودية ولو تنصرت والنصرانية ولو تهودت، أما أو انتقلت أحداهما للمجوسية والدهرية فلا يجوز نكاحها.

وقوله: (كتابية فقط) خرج غير الكتابيات في الكفار فلا يجوز نكاحها ولا وطئنها بالملك.

والحاصل: أنه يحرم على المسلم حرا أو عبدا وطء الكفار بنكاح أو ملك إلا أهل الكتاب فيجور وطء حرائرهم بالنكاح وإمائهم بالملك كما أشار له بقوله:

(وأمتهم بالملك) والمراد بأمتهم الأمة منهم أي المتدينة بدينهم.

أي: أنه يجوز للمسلم وطئ الأمة من أهل الكتاب بالملك بخلاف نكاحها فلا يجوز لمسلم ولو عبدا خشي العنت ولو كانت مملوكة لمسلم وأما غير الكتابيات من الكفار كالمجوس والدهرية وعباد الأوثان ونحوهم فلا يجوز وطئهم مطلقا لا بنكاح ولا ملك.

وبعبارة: يجوز للمسلم الكتابية بالملك حرا أو عبدا لا بالنكاح ولا امة كالمجوس بنكاح أو ملك؛ لأن القاعدة أن كل من جاز وطئ حرائرهم جاز وطئ إمائهم بالملك وكل من منع وطئ حرائرهم بالنكاح منع وطئ إمائهم بالملك.

● **ص:**

وأنكحتهم فاسدة.

● **ش:**

يعني: أن أنكحة الكفار من يهود أو نصارىٰ أو غيرهما فاسدة ولو استوفت شروط الصحة في الصورة، كما قاله «دك».

وقال «خ»: ولا يتأتىٰ استيفاء الشروط؛ لأن من شرط صحة النكاح إسلام الزوج. فقول من قال أنه إن استوفىٰ الشروط فصحيح وإلا فلا غلط. اهـ.

● **ص:**

وأقر إن أسلم علىٰ زوجته وإن أمة ومجوسية أسلمتا بنحو شهر بعده.

● **ش:**

يعني: أن الكافر إذا أسلم فإنه يقر علىٰ زوجته الكافرة ترغيبا له في الإسلام بل الإسلام هو المصحح له ما لم تكن من محارمه، وألا فلا يقر عليها.

وهل يكره تقريره علىٰ الكافرة أو لا؟ تردد.

وقوله: (وإن أمة... إلخ) مبالغة في تقريره علىٰ زوجته أي: أن الكافر إذا أسلم فإنه يقر علىٰ زوجته إن كانت حرة كتابية وتكون حرة كتابية تحت مسلم، بل وإن كانت أمة أو مجوسية إن أسلمتا بعد إسلامه بنحو الشهر بأن كان أقل من شهرين؛ لأنها إذا أسلمت الأمة الكتابية أو المجوسية صارت أمة مسلمة تحت مسلم، ولا

يشترط على الراجح وجود شروط تزويج الأمة؛ لأن الدوام ليس كالابتداء.

وإذا أسلمت المجوسية الحرة كانت حرة مسلمة تحت مسلم.

وبعبارة: يقر الكافر إذا أسلم على زوجته، ولو كانت أمة أو مجوسية بشرط إن يسلما بعده بنحو شهر.

وفي «خ»: أن الأمة لا فرق فيها بين أن تكون كتابية أو مجوسية وفي «دك» و«دص» تقييدها بالكتابية.

وفي «خ» أيضا: أن المراد بالمجوسية الحرة وهو الظاهر خلاف لإطلاق «دك» ومفهوم إذا أسلمتا أنهما إن لم يسلما لم يقر على نكاح المجوسية، ويقر على الأمة الكتابية إن عتقت فتكون حرة كتابية تحت مسلم لا إن لم تعتق فالأمة الكتابية يقر عليها أما بالإسلام أو العتق.

ولا مجوسية مطلقا لا يقر عليها إلا بالإسلام فقوله الأتي: (أو عتقت) خاص بالأمة الكتابية ومفهوم نحو الشهر أنه إن بعد إسلامهما من إسلامه كالشهرين، لا يقر على نكاحهما.

● ص:

وهل إن غفل عنها أو مطلقا قولان.

● ش:

تقدم أنه إذا أسلم أقر على الأمة أو المجوسية إذا أسلمتا بعده بنحو الشهر وهل محل إقراره عليها أن غفل عن ايقافهما هذه المدة حتى أسلمتا بنفسهما أما لو أوقفا عند الحاكم فأبيا الإسلام فلا يقر نكاحهما ولو أسلمتا بعد ذلك بالقرب أو يقر عليهما مطلقا غفل عنهما أو لا؟ قولان.

ثم عطف على أسلمتا فقال:

● ص:

أو عتقت.

● ش:

يعني: أنه إذا أسلم على أمة فإنه يقر على نكاحها إن أسلمت كما مر.

وكذا إن عتقت بعد إسلامه عاجلا وهي كتابية فإنه يقر عليها وإن لم تسلم وأولى إن أسلمت وعتق.

وأخر هذا عن قوله: (أسلمتا) لئلا يتوهم تقييده بنحو الشهر ورجوع القولين له مع أن العتق لا يكون إلا ناجزا فلا يجري فيه القولان هذا ما يفيده «دك» وغيره وصوب البناء في أن العتق كالإسلام أيضا في أنه يكون بعد إسلامه بنحو الشهر فإذا أعتقت بعد إسلامه بنحو شهر أقر عليها وكانت حرة كتابية تحت مسلم.

وأما المجوسية فلابد من إسلامها كالحرة المجوسية كما مر.

تنبيه:

مثل الإسلام التهود والتنصر بالنسبة للمجوسية فإذا تنصرت أو تهودت بعد إسلامه بنحو الشهر أقر عليها؛ كأنها تصير حرة كتابية تحت مسلم.

• ص:

ولا نفقة لأبية غير حامل.

• ش:

(أبية) بوزن ضارية من أبي إذا امتنع يعني: أنه لا نفقة للكافرة التي أسلم زوجها ثم وقفت عند الحاكم فأبت الإسلام ثم أسلمت بعده بنحو الشهر أي لا نفقة لها على الزوج فيما بين اسلاميها؛ لأن المانع من جهتها بتأخيرها الإسلام فلم يتمكن من الاستمتاع بها والنفقة في نظير الاستمتاع ومحل عدم النفقة للأبية إذا كانت غير حامل وأما الحامل فلها النفقة مطلقا أبت الإسلام أولا؛ لأن النفقة للحمل.

وخرج بالأبية غير الآبية وهي التي غفل عنها فلم توقف ولم يعلم منها أبا فهذه لها النفقة.

ولما تكلم على حكم ما إذا أسلم قبلها سواء كانت مدخولا بها أو لا شرع يتكلم على حكم إسلامها قبله وإسلامهما معا فقال:

• ص:

وإن أسلمت قبل البناء بانت وبعده أن أسلم في عدتها أقر ولا نفقة لها من إسلامها إلا الحاملة.

● ش:

يعني: أن الكافرة إذا أسلمت قبل زوجها وكان إسلامها قبل البناء بها فإنها تبين منه بمجرد إسلامها لعدم العدة ولا تحل له إلا بعقد جديد ولو أسلم عقب إسلامها ولا مهر لها. وإن قبضته ردته؛ لأنه فسخ لا طلاق الفساد أنكحتهم وقد تقدم أن المهر يسقط بالفسخ قبل البناء فإن تزوجها بعد ذلك فهي بعصمة جديدة كاملة.

وكلام المؤلف فيما إذا كان الزوج حاضرا فإن كان غائبا نظر السلطان خوف أن يكون أسلم قبلها. وأما إذا أسلمت بعد البناء فإنه يقر عليها إن أسلم في عدتها ولو كان طلقها حال كفره بعد إسلامها وقبل إسلامه إذ لا عبرة بطلاق الكافر؛ لأن لزوم الطلاق فرع صحة النكاح والكفار أنكحتهم فاسدة.

فإن أسلم بعد انقضاء عدتها بانت منه ولا تحل له إلا بعقد جديد وإذا عقد عليها كانت معه على ابتداء عصمة كاملة والمراد بالعدة استبرائها من مائة حال كفره والي هذا أشار بقوله: وبعده أن أسلم في عدتها أقرا أي أنها إذا أسلمت بعد البناء فإنه يقر عليها أن أسلم زمن استبرائها فإن انقضى الاستبراء قبل إسلامه فلا يقر عليها وأشار بقوله: (ولا نفقة لها... إلخ) إلى أنه لا نفقة لها في المدة التي بين إسلامها وإسلامه؛ لأن المانع من قبلها بإسلامها قبله والنفقة في مقابله الاستمتاع ولأن الزوج يقول أنا على على ديني لا أنتقل عنه وهي فعلت ما حال بيني وبينها هذا هو المشهور واختاره اللخمي وصححه ابن يونس وقال ابن رشد هو الأقيس.

وقيل: لها النفقة؛ لأنه أحق بها ما دامت في العدة ومحل الخلاف ما لم تكن حاملا وألا فلها النفقة والسكنى اتفاقا.

● ص:

ومتى جاءا مسلمين أقرا.

● ش:

يعني: أنه متى جاء إلينا الزوج والزوجة مسلمين قبل البناء أو بعده فإنها يقران على نكاحهما سواء أسلما معا أو ترتب إسلامهما وإنما لم يراع فيهما إذا ترتب اسلامهما ما تقدم من التفصيل؛ لأن إذا لم نطلع عليهما إلا وهما مسلمان فكأن

اسلامهما لم يثبت إلا حال الإطلاع فلا عبرة بالترتيب في هذه الحالة.

● ص:

ولا يمنع التقرير عدة انقضت أو متعة أسقطت.

● ش:

يعني: أنه لا يمنع من تقرير الزوج على زوجته عدة نكحها فيها وانقضت تلك العدة قبل إسلامهما أو إسلام الزوج.

وصورتها: أن الكافر تزوج زوجته الكافرة وهي معتدة من غيره وأستمر على ذلك حتى انقضت عدتها ثم بعد انقضائها أسلما أو أحدهما وأسلم الآخر بعده على ما مر ثم جاء مسلمين فإنه يقر عليها ولا يمنع تقريره عليها نكاحه في العدة التي انقضت قبل الإسلام.

ومفهوم انقضت أنهما إذا أسلما معا أو أسلم الزوج قبل انقضائها لا يقر عليها ويفسخ نكاحه؛ لأن إقراره عليها فيه سقي زرع غيره بمائه ويتأبد تحريمها عليه أن تلذذ بها في العدة بعد إسلامهما أو إسلام أحدهما وكذا لا يمنع تقريره عليها متعة أسقطاها، وأبدا النكاح؛ لأن الإسلام أقره.

أما إن أراد البقاء على النكاح للأجل فلا يقر عليها وصورة المسألة أنه نكحها نكاح متعة أي إلى أجل ثم أسلما أو أحدهما قبل انقضاء الأجل واسقطا المتعة بأن قالا معا: نتمادى على النكاح أبدا، فإنه يقر عليها.

أما إذا لم يسقطاها بأن قالا معا أو أحدهما: نتمادى على النكاح للأجل فلا يقر عليها؛ لأن نكاح المتعة فاسد.

وأما إذا انقضى الأجل في حال الكفر فليس معهما نكاح حتى يقرا عليه إلا إذا أسقطاه حال الكفر قبل انقضائه.

● ص:

ولا طلاق لكافر إلا أن يخرجها من حوزه ليعقد بلا محلل.

● ش:

يعني: أنه لا يصح طلاق من كافر فلا يعتبر طلاق الكافر حال كفره سواء طلق

واحدة أو ثلاثا؛ لأن صحة الطلاق ولزومه فرع صحة النكاح.

والكفار أنكحتهم فاسدة فإذا طلقها ثلاثا في حال الكفر ثم أسلما أو أسلمت بعده بالقرب أو أسلم بعدها في عدتها فإنه يقر عليها من غير عقد ولا محلل وطلاقه الثلاث في حال الكفر لا عبرة به وتكون معه بعصمة جديدة كما لو لم تتزوج به أصلا، هذا إذا لم يبنها ولم يخرجها من حوزه.

أما إذا أبانها وأخرجها من حوزه فليعقد عقدا جديدًا أو إن لم يحصل منه طلاق حيث زعم إن أخرجها فراق ولا يحتاج لمحلل؛ لأن ما وقع منه حال الكفر من الثلاث لا يعتبر، وإنما أحتاج لعقد لأجل إخراجها من حوزه واعتقاده أن ذلك فراق عندهم، وإلا فلا يحتاج لعقد وإذا عقد عليها بلا محلل كانت معه بعصمة جديدة كمن لمن يتقدم عليها طلاق أصلا.

وأقر بعضهم في عدم لزوم طلاق الكافر بقوله:

وما وطئ بعد الطلاق نجيزه ... بلا رجعة منه وذو الوطئ مسلم

كذا في «شب» وأضاف إليه «الش» ما سبق من احتياجها لمحلل إن كان الطلاق ثلاثا فقال:

وزوجة شخص قد أبان ثلاثة ... وليس عليه قبل زوج تحرم

وأجبت عن ذلك فقلت:

لقد حجبت فيما قلت لكن جوابه ... لذوي النهي ما بدر در منظم
هذا طلاق الكفر لا شك أنه ... لغو على التخفيف لا يتحتم
فإن كان حال الكفر فردا أبانها ... بلا رجعة حلت إذا هو مسلم
وإن يكن بالكفر قد أبت طلاقها ... ثم أسلما حلت بغير زوج يعلم

• ص:

وفسخ إن أسلم على محرم أو أمة أو غير كتابية بلا طلاق.

• ش:

هذا تقييد لما سبق من أن من أسلم يقر على زوجته أي: أن من أسلم يقر على زوجته ما لم يكن مانع عن الاستدامة فلا يقر ويفسخ نكاحه بلا طلاق كما إذا أسلم

على محرم نسب أو رضاع فإنه لا يقر عليها بحال.

ويفسخ نكاحه بلا طلاق وأما تحريم المصاهرة فلا يحصل إلا بالوطئ كما يأتي في قوله: (واختار واحدة) ممن لا يجتمعان.

وكذا إذا أسلم على أمة كـافرة أو أسلم على حرة غير كتابية فإنه يفسخ نكاحه بلا طلاق.

ومحل الفسخ في الأمـة وغير الكتابية إذا لـم يحـصل منهما إسلام ولا عتق للأمة وإلا أقر عليهما كما مر.

وقوله: (بلا طلاق) متعلق بفسخ فهو راجع للجميع.

والحاصل: أن كل من لا يقر عليها يفسخ نكاحها بلا طلاق.

● **ص:**

وإن ارتد أحد الزوجين ولو لدين الآخر بانت.

● **ش:**

يعني: أنه إذا أرتـد أحد الزوجين فـإن الفرقة تقع بـينهما بطلاق بـائن خلافا لمن قـال: طلقة رجعيـة. وثمرة الخلاف أنه إذا تـاب في العدة لا تحل له إلا بعقـد جديد على الأول وله عليهـا الرجعة عـلى الثاني فـإن خرجت من العـدة اتفق القولان على أنها تحل بعقد جديد وقيل: يفسخ النكاح بينهما بلا طلاق.

وفائدته: أنـه إذا تاب المرتد منـها تكون عنده عـلى ثلاث فلا تحسب عليه طلقة وعلى الأولين وهما جعل الردة طلاقا بائنا أو رجعيا تكون عنده على تطليقتين.

وعند الشافعية ترجع له بعودها للإسلام وهو فسخة وإذا أرتد أحد الزوجين وفرق بينهما فإن كـان بعد الدخول فلها المسمى وإن كـان قبه فلا شيء لها ولو كان المرتد هو الزوج.

ولا يقال: إن الفراق جاء من قبله فيلزمه النصف لأنا نقول: هو مقهور على الفراق فلا يلزمه شيء.

وقيل: إن كان المرتـد قبل الدخول هـو الزوج يلزمه النـصف ورجح أيضا وقوله: (وإن ارتـد) أي: رجع عن دين معـتبر وهو دين الإسلام وأمـا إذا تنصرت يـهودية أو

تهودت نصرانية فلا يفسخ نكاحها من زوجها المسلم أما إن تمجست الكتابية فيفسخ نكاحها من زوجها المسلم وتثبت الردة ولو بدعوىٰ الزوج فإذا ادعىٰ ردتها وانكرت بانت منه كما لو ادعىٰ إسلام زوجته الكتابية وانكرت فإنها تبين منه لتضمن دعواه إنها رجعت عن الإسلام فلا يمكن منها وإذا كان الزوج لا يتقن أحكام الردة والإسلام سئل عما حصل منها لينظر هل هو ردة أو لا.

وقوله: (ولو لدين الآخر) مبالغة في البينونة عند الردة يعني: أنه إذا ارتد احد الزوجين فإن كانت الزوجة تبين من زوجها ويحال بينهما ولو ارتد الزوج إلىٰ دين زوجته اليهودية أو النصرانية.

وقال أصبغ: لا يحال بينهما إذ سبب الحيولة بين المسلمة وبين المرتد استيلاء الكافر علىٰ المسلمة وما هنا ليس كذلك وعليه فلا تحرم إذا تاب ورجع للإسلام.

بقي أن قوله: (ولو لدين الآخر) يصدق بما إذا رجعت الزوجة لدين الزوج بأن دخلت في الإسلام فيفيد أنه يفسخ النكاح في هذه وليس كذلك فالأظهر أن يقول: ولو لدين الزوجة إلا أن يقال: اتكل في ذلك علىٰ الموقف المراد لأنه لا خفاء في أن المراد الارتدا د عن الدين المعتبر وهو دين الإسلام ودين الزوجة المخالف لدين الإسلام غير معتبر فإذا دخلت في دين الإسلام فلا يقال عليها مرتدة.

استثنىٰ مسألة لا تبين فيها الزوجة بالردة فقال:

● **ص:**

إلا أن تقصدها.

● **ش:**

يعني: أنها إذا ارتدت الزوجة فإنها تبين من زوجها إلا أن تقصد الردة لتبين من زوجها فإنها لا تبين منه معاملة لها بضد قصدها[1].

وفي الحطاب إذا ارتد المريض لأجل حرمان وارثه عومل بنقيض قصده[2] فترثه

---

(١) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (بضد قصدها... إلخ) وهو كاشترائها زوجها بقصد فسخ نكاحها. اهـ.

(٢) جاء علىٰ هامش المخطوط: فرع: إذا قصد الزوج بالردة فسخ النكاح اعتبر قصده اتفاقا لأن العصمة بيده. اهـ.

ورثته وحكموا بردة من أفتى امرأة بالردة لتبين من زوجها لرضاه بالكفر وكذا حكموا بكفر خطيب آخر مريد الإسلام لفراغه من الخطبة؛ لأنه رضي بالكفر؛ لأن الإقرار على الكفر كفر كالأمر به وعذره بعضهم في ذلك.

● ص:

وفي لزوم الثلاث لذمي رضي بحكمنا وإن كان صحيحا في الإسلام أو بالفراق مجملا أو لا نتعرض لهم أقوال.

● ش:

يعني: أن الذمي إذا طلق زوجته ثلاثا ولم يفارقها ثم جاء إلينا راضيا بحكمنا ففي ذلك أربعة أقوال:

الأول: يلزمه الثلاث وعليه إذا أسلم فلا تحل له إلا بعد زوج.

الثاني: يلزمه الثلاث إن كان صحيحا في الإسلام بأن توفرت فيه شروط نكاح الإسلام ولابد من محلل إن أسلم وإن كان غير صحيح في الإسلام لم يلزمه شيء أي: نحكم بأنه لا يلزمه شيء.

الثالث: نلزمه بالفراق مجملا[1] من غير تعرض لطلاق ولا عدمه فتحل له بلا محلل[2] إن أسلم.

الرابع: لا نتعرض لهم بطلاق ولا فراق. بقي أن الحكم بينهم بالطلاق على الأول والثاني بشرطه مشكل إذ كيف يحكم بصحة ما هو فاسد حتى تترتب ثمرة الصحة بعد الإسلام؟ وهل يصلح العطار ما أفسد الدهر؟ ورضاهم بحكمنا لا يؤثر شيئا وقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ﴾ [المائدة:٤٢] محله فيما لا يتوقف صحته على الإسلام كالجنايات والمعاملات قاله «دص».

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالفراق مجملا... إلخ) بأن يقال له: ألزمناك بمفارقتها وأنك لا تقربها. ولا يقال: ألزمناك طلقة أو ثلاث. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فتحل له بلا محلل... إلخ) كالطلاق في المعنى واحدة وقيل: لا بد من محلل فهذا في المعنى طلاق ثلاث والحاصل أن القائلين يلزمهم الفراق مجملا اختلفوا هل تحل بلا محلل أو لا بد من محلل. اهـ.

ومفهوم قول «المص»: (رضي) أنا لا نتعرض لهم[١] عند الترافع إلينا و إذا ترافعوا إلينا وحكمنا بينهم بشيء فلا يشترط رضى أساقفتهم بذلك. ولما قدم أن أنكحتهم فاسدة وأنه يبقى عليها إذا أسلم ولم يعلم منه هل يقر عليها بغير صداق أصلا أو بما وقع عليه من الصداق ولو فاسدا أو بصداق المثل أشار لبيان ذلك هنا فقال:

● ص:

ومضى على من أسلم إسقاط الصداق إن دخل كفاسدة إن قبض وإلا فكالتفويض.

● ش:

يعني: أن الكافر إذا تزوج كافرة على شرط إسقاط الصداق ثم أسلما فإنه يمضى عليهما هذا الشرط إن دخل بها قبل إسلامهما ويقران على نكاحهما ولا شيء لها وإنما مضى[٢] وأقرا؛ لأن المرأة مكنت من نفسها في وقت يجوز لها فيه التمكين في زعمها فإن لم يدخل بها قبل إسلامهما فكالمنكوحة نكاح تفويض فيخير الزوج بين أن يفرض لها صداق المثل ويلزمها النكاح وبين أن لا يفرضه فيفرق بينهما بطلقة بائنة ولا شيء عليه إن لم ترض بما فرض.

فقوله: (وإلا فكالتفويض) راجع لهذه وهي مسألة الإسقاط أي: ومضى إسقاط الصداق على من أسلم إن دخل وإلا يدخل فكالتفويض وقوله: (كفاسدة) تشبيه في المضي بقيد الدخول.

والضمير في (فاسده) للصداق.

وقوله: (إن قبض شرط آخر) زائد على شرطية الدخول.

فقوله: (أيضا) أي زيادة على شرطية الدخول. أي: كما يمضي صداقهم الفاسدان دخل وقبض الفاسد.

والمعنى: أن الكافر إذا تزوج بصداق فاسد عندنا؛ كخمر أو خنزير ثم أسلما فإنه يمضي هذا الفاسد ويقران على نكاحهما إن دخل بها وقبض منه الفاسد قبل

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا نتعرض لهم) أي: بل نتطردهم ولا نسمع دعواهم. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ومضى... إلخ) لم يقل: وجاز لأنه حكم وقع في غير الإسلام فلا نحكم عليه بجواز. اهـ.

الإسلام، وإلا بأن لم يدخل بها ولم يقبض، أو لم يدخل وقبض، أو دخل ولم يقبض، فكالتفويض في الثلاث صور.

ففي الصورة الأولى والثانية: يخير الزوج بين أن يفرض لها مهر المثل فيلزمها النكاح وبين أن لا يفرضه فتتخير الزوجة في الفراق بطلقة بائنة ولا شيء لها. في الرضا بما فرض فيلزم النكاح فتخيير في هاتين الصورتين، وفي صورة الإسقاط المتقدمة.

وإما في الصورة الثالثة: وهي التي دخل فيها بالزوجة فيلزمه مهر للمثل لدخوله. فعلم هذا التقرير أن قوله: (وإلا راجع لمسألة الإسقاط) ومسألة الفساد فتحته أربع صور:

صورة في الإسقاط، وثلاثة في الفساد. وحكم الأربعة: أنه يكون كنكاح التفويض، ولا يمضي الفاسد الذي تزوجها به، وإذا كانت كالتفويض فيلزم صداق المثل إما بالغرض، وأما بالدخول كالصورة التي قدمناها وإلا فيفرق بينهما.

• ص:

وهل يمضي ولو لم يستحلوه؟ خلاف.

• ش:

تقدم أنه يمضي صداقهم الفاسد إن دخل وقبض وهل يمضي[1] مطلقا ولو لم يستحلوه في دينهم أو محل مضيه؟ إن استحلوا النكاح به في دينهم فإن لم يستحلوه لم يمض[2] في ذلك خلاف.

فقوله: (وهل... إلخ) راجع لمسألة فساد الصداق ولا يرجع لمسألة الإسقاط وبعض شراح الأصل جعله راجعا للمسألتين معا[3].

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهل بمضي) أي: إذا قبضته ودخل بها ثم أسلما. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لم يمض) أي: لم يثبت النكاح بعد الإسلام؛ لأنهم إنما دخلوا على الزنى لا على النكاح. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للمسألتين معا) كلام ابن عبد السلام صريح في الرجوع لهما ففي المدونة وإن نكح نصراني نصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر وشرطا ذلك وهم يستحلونه ثم أسلما بعد البناء ثبت النكاح. اهـ.

● ص:

ومن أسلم على كثير اختار أربعا وفسخ نكاح غيرهن بلا طلاق.

● ش:

يعني: أن الكافر الكتابي أو المجوسي إذا أسلم على كثير من الزوجات كعشر مجوسيات أسلمن أو كتابيات سواء تزوجهن في عقد أو عقود بنى بهن أو بعضهن أو لا فإنه يختار منهن أربعا فأقل إن شاء لا أكثر من ذلك وإن شاء لم يختر شيئا.

وسواء كانت المختارات أوائل في العقد أو أواخر وسواء كان في حال اختياره صحيحا أو مريضا محرما أو لا؟ كانت المختارة أمة وهو واحد لطول الحرة أو لا؟ كان العقد فاسد أو لا؟؛ لأن الدوام ليس كالابتداء؛ لأنه كرجعة والرجعة تجوز ولو مع الإحرام والمرض كما يأتي ورجعة الأمة المطلقة تجوز ولو مع الطول كما مر.

وهذا معني قول «الش» أوائل أو أواخر. ولو أما بلا شرط ومحرما ومريضا وعقد فاسدا؛ لأن الدوام ليس لابتدائه؛ لأنه كرجعة.

وقوله: (أوائل... إلخ) تعميم في جواز اختيار الأربع أي سواء كن أوائل أو أواخر.

وقوله: (لأن الدوام... إلخ) تعليل لهذا التعميم مع ما بعده من المبالغة وقوله: (لأنه أي الدوام) كرجعة تعليل للتعليل واعلم أن الاختيار للزوج إن كان بالغا عاقلا وإلا اختار له وليه[1].

وقوله: (أربعا) أي وإن متن وفائدته الإرث. وقولنا أوائل في العقد أو أواخرة مخالف لقول أبي حنيفة يتعين الأوائل دون الأواخر، ولا يختار إلا من أسلمن معه وكن كتابيات كما قدمنا وإذا اختار أربعا[2] فسخ نكاح غيرهن بلا طلاق على المشهور ولا شيء من الصداق لغير المختارات إن لم يدخل بهن؛ لأن نكاحه فسخ قبل البناء وما كان كذلك لا شيء فيه فإن دخل بواحدة أو أكثر فلها صداقها للميسر

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (اختار له وليه) كأن لم يكن له ولي اختار له الحاكم سلطانا أو قاضيا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (اختار أربعا) أي: سواء كان قبل إسلامه كتابيا أو مجوسيا. اهـ.

فإن لم يختر شيئا من كعشرة بأن فارقهن قبل البناء بعد إسلامه لزمه لأربع منهن غير معينات صداقات؛ إذ في عصمته شرعا أربع.

وإذا قسم اثنان على عشرة فناب كل واحدة خمس صداقها ومن طلقها قبل الدخول فلها نصف الصداق؛ لأن الطلاق اختيار ولو طلق العشرة قبل الدخول لكان لهن أربعة أنصاف أصدقة بصداقين.

وكذا إذا فارقهن بلا اختيار كما سبق، وإذا قسمت اثنين على عشرة ينوب كل واحدة خمس صداق كما مر أيضا هذا حكم الصداق في حال حياته.

وأما حكمه في حال موته فأشار له بقوله:

● **ص:**

فإن مات ولم يختر فلمن دخل مسلما فبنسبة باقي الأربعة لمن لم يدخل بها؛ لأن الوصي اختيار.

● **ش:**

يعني: إن من أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات ولم يختر واحدة منهن فلمن دخل بها صداقها كاملًا ولغير من دخل بها ما ينوبها بنسبة قسمة أربعة أصدقة على الجميع من مدخول بها وغيرها وإنما اعتبرت المدخول بها؛ لأن الدخول حال الكفر غير معتبر وإنما المهر للمسيس، ألا ترى أن له اختيار غير من دخل بها حال الكفر ولو دخل بها بعد الإسلام لم يكن له اختيار غيرها فإذا مات عن عشرة ولم يختر[1] واحدة منهن كان لهن أربعة أصدقة؛ لأنه ليس في عصمته شرعا إلا أربع غير معينات فتقسم الأربعة على العشرة فيكون لكل واحدة منهن خمسا صداقها قل أو كثر فإن نسبة الأربعة إلى العشرة خمسان وهذا الحكم ثابت لمن لم يدخل بها ولو دخل بغيرها فإذا دخل بواحدة كان لها صداقها كاملا ولكل واحدة غيرها خمس صداقها.

وكذلك لو دخل بثالثة ورابعة تكون القسمة بنسبة أربعة على عشرة فينوب كل

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولم يختر... إلخ) مفهومه أنه إذا اختار اثنتين ثم مات أنه لا شيء للثمان؛ لأن اختيار اثنتين يدل على مفارقة الثمان لقول ابن عرفة بمجرد اختياره تبين البواقي. اهـ.

خمسا صداقها وما ينوب المدخول بها قد اندرج في كامل صداقها.

والحاصل: أن من لم يدخل بها لها خمسا صداقها ولمن دخل بها صداقا كاملا ولو دخل بأربع أو بالجميع وإذا مات عن ست ولم يختر كان لكل واحدة ثلثا صداقها لأن نسبة الأربعة للستة ثلثان، وإذا دخل بواحدة أو أكثر من الستة كان لها صداقها كاملا ولغيرها ثلثان وهذا الحكم وهو قسمة الأربعة بالنسبة للكل إذا كان دخوله بمن دخل بها حال الكفر.

وأما إذا كان دخوله بعد الإسلام فلمن دخل بها صداقها كاملا ولغيرها من صداقها بنسبة قسمة باقي الأربعة على عدد من لم يدخل بهن كما أشار إلى ذلك بقوله: (إلا أن يدخل مسلما) فنسبة باقي الأربعة لمن لم يدخل بها؛ لأن الوطء اختيار ومثل الوطء التلذذ كما في «دك» فمتى وطي بعد إسلامه واحدة أو تلذذ بها ممن أسلمن أو كن كتابيات عُد مختارا لها.

فإن وطي أكثر من أربع فالعبرة بالأول وإيضاح هذا الاستناد الذي ذكره «المص» أن تقول إذا دخل بواحدة بعد إسلامه وهن عشر ومات ولم يختر شيئا بعد الدخول بها وللمدخول بها الصداق كاملا ولكل واحدة ممن لم يدخل بهن ثلث صداقها؛ إذ الخارج بقسمة ثلاثة على تسعة ثلث.

وإذا دخل باثنتين كان لكل واحدة منهما صداقها ولكل واحدة من الباقي ربع صداقها؛ إذ هو الخارج بقسمة اثنين على ثمان وهكذا العمل إذا دخل بثالثة وأما أن دخل برابعة فلا شيء لمن لم يدخل بها؛ لأن دخوله بعد الإسلام اختيار وقد اختار أربعا بدخوله بهن.

فقوله: (لأن الوطء اختيار تعليل لقسمة باقي الأربعة على عدد من لم يدخل بهن) أي: وإنما قسم باقي الأربعة بعد أخذ المدخول بها صداقها كاملا؛ لأن الوطء بعد الإسلام اختيار فحينئذ يكون لمن دخل بها الصداق كاملا ويقسم باقي الأربعة على من لم يدخل بهن بخلاف الدخول حال الكفر فهو غير معتبر فلا يعد اختيار، فلذا قسمت الأربعة على عدد الكل من مدخول بها وغيرها هذا إيضاح المقام.

ولما ذكر أن الوطء اختيار شبه به أشياء يحصل بها الاختيار فقال:

● **ص:**

كالطلاق والظهار والإيلاء لا الفسخ.

● **ش:**

يعني: إن الاختيار كما يكون بالوطء يكون أيضا بالطلاق لأن الطلاق لا يكون إلا في الزوجة فإن طلق واحدة معينة كان له من البواقي ثلاث، وإن طلق أربعا لم يكن له شيء كأن طلق واحدة مبهمة.

وإذا حصل الاختيار بما ذكر فأولى بصريح اللفظ كقوله: اخترت فلانة. وكذا يعد مختارا بالظهار فإذا ظاهر من واحدة عُد مختارا لها لأن الظهار لا يكون إلا في زوجة وكذا يعد مختارا لها بالإيلاء لما ذكر وهل الإيلاء اختيار مطلقا وهو ظاهر كلام المؤلف.

والأصل: رجحه ابن عرفة وابن عبد السلام أو لا يعد اختيارا إلا إذا أقت كوالله لا أطؤك إلا بعد خمسة أشهر، أو قيد بمحل كـ: لا أطؤك إلا في بلد كذا وإلا فلا يعد اختيارا؛ لأنه يكون في الأجنبية.

قال «خ»: والظاهر اللعان من الرجل يكون اختيارا وانظر لعان الزوجة[1] فقط وأما لعانهما معا فيكون فسخا للنكاح ولا يكون اختيارا. اهـ.

قوله: (لا الفسخ) معناه: أن الفسخ لا يكون اختيارا؛ لأن الفسخ قد يكون في المتفق على فساده. فقوله: فسخت نكاح فلانة ليس اختيارا لها؛ ولكن تبين منه فلا تحل له إلا بعقد جديد.

وإذا لم يعد الفسخ اختيارا فله أن يختار أربعا غير من فسخ نكاحها.

وحاصل الفرق بين الطلاق والفسخ[2] أن الفسخ يكون في المجمع على فساده بخلاف الطلاق فانه يكون في الصحيح والمختلف فيه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وانظر لعان الزوجة) استظهر بعضهما أن لعانها لا يعد اختيارا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بين الطلاق والفسخ) أي: حيث جعلوا الطلاق اختيارا والفسخ فراقا تبين به ولا تحل له إلا بعقد جديد. اهـ.

• ص:

واختار واحدة ممن لا يجمعان كأم وابنتها إلا أن يمسهما فيحرمان أو أحداهما فتحرم الأخرى.

• ش:

يعني: أنه إذا أسلم عن ثنتين فأكثر ممن يحرم جمعهما كأختين أو أخوات من نسب أو رضاع فإنه يختار واحدة منهما أو منهن متقدمة في العقد أو متأخرة أو مصاحبة دخل بهما أو بهن أو لم يدخل، أو دخل بواحدة فقط.

وإذا اختار واحدة ممن يحرم جمعهما كمل الأربعة من البواقي ما لم يتلذذ بهن زوج غير عالم كما يأتي.

وكذا يختار واحدة إن أسلم على أم وابنتها ويفارق الأخرى سواء كان في عقد واحد أو مرتبين إلا أن يمسهما معا بوطء أو مقدماته فيحرمان أبدا؛ لأنه وطء شبهة وهو ينشر الحرمة وإن مس إحداهما حرمت عليه الأخرى أبدا وتعينت الممسوسة للبقاء إن شاء.

وإنما اختار إحداهما مع عدم المس؛ لأن مجرد العقد الفاسد لا أثر له وإلا لحرمت الأم مطلقا[1].

فإن قلت: لما اعتبر وطء الكفر في تحريم المصاهرة كوطء الشبهة ولم يعتبر في تأبيد الحرمة به في عدة انقضت حال الكفر كما مر.

يجاب: بأن التأبيد بالوطء في العدة ضعف أمره بسبب الخلاف فيه فإن الشافعية ومن وافقهم لا يقولون به. والتحريم بالمصاهرة متفق عليه؛ فلذا حرمت الممسوسة بوطء الكفر.

فقوله: (إلا أن يمسهما) راجع لما بعد الكاف.

وإذا اختار واحدة من الأم وابنتها كمل الأربعة من الباقي ما لم يتلذذ بهن زوج غير عالم كما يأتي.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإلا لحرمت الأم مطلقا) أي: مس البنت أم لا. اهـ.

• ص:

وكره لأصله وفرعه نكاحها.

• ش:

أي: أنه إذا اختار الأم أو ابنتها وفارق الأخرى على ما مر فإنه يكره لأصله وإن علا وفرعه وإن سفل أن يتزوج من فارقها منهما لوجود العقد في مجمله وإن كان عقد الكافر لا ينشر الحرمة، وأما من فارقها بعد المس فإنها تحرم على أصله وفرعه؛ لأن مسها بمنزلة العقد الصحيح يحرمها على أصله وفرعه.

وهذا الحكم يحتمل أنه يجري في محرمتي الجمع وغيرهما ممن أسلم عنهن فكل من فارقها قبل المس يكره لأصله وفرعه نكاحها ومن فارقها بعد المس تحرم على أصله وفرعه.

• ص:

وكمل الأربعة من الباقي إلا أن يفتن كذات الوليين.

• ش:

يعني: أنه إذا أسلم على أكثر من أربعة فاختار منهن أربعا[1] ثم ظهر أن في المختارات محرمتي جمع أو أما وابنتها فإنه يختار واحدة من محرمتي الجمع أو من الأم وابنتها ويفارق الأخرى ويكمل الأربعة اللاتي يختارهن من الباقي ما لم يفتن كفوات ذات الوليين بأن يدخل بهن الزوج ويتلذذ[2] بهن غير عالم بحرمة من اختير

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فاختار منهن أربعا... إلخ) حاصله أنه إذا اختار أربعا فبمجرد اختياره للأربع حل الباقي للأزواج فإذا قدر الله أنه حصل العقد على الباقي من رجل آخر فتبين أن المختارات أخوات فله أن يختار من حصل العقد عليها وترجع له ولا يعوقها الوطء أو تلذذ الثاني ما لم يكن حين وطئه أو تلذذ عالما بأن مختارات من أسلم أخوات فلا تفوت بذلك. ثم إذا لم يدخل الثاني وقلنا: أنها ترجع للأول يفسخ نكاح الثاني بطلاق؛ لأنه مختلف فيه؛ لأن بعضهم يقول بالفوات بمجرد العقد كما أن هناك من يقول: إنها لا تفوت على الأول بدخول الثاني. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويتلذذ... إلخ) ما ذكره من إنه لا بد في الفوت في التلذذ تبع فيه «تت» والظاهر أنه مجرد التزوج فوت. والحاصل أن المسألة ذات أقوال ثلاثة: قيل: إنها تفوت على الأول بمجرد التزوج؛ أي: العقد. وقيل: إنها لا تفوت إلا بالدخول أو التلذذ. وقيل: إنها لا تفوت =

من أم وابنتها أو أختين.

أما إذا لم يدخل أصلا أو دخل عالما بأن في المختارات كأختين أو أخوات أو أما وابنتها فلا يفوت على من أسلم التكميل من الباقي.

وبعبارة: من أسلم على عشرة مثلا واختار منهن أربعة فظهر أن في المختارات محرمتي جمع فيختار أحدى محرمتي بجمع ويفارق الثانية ويكمل الأربعة من باقي العشرة ما لم يفتن عليه بدخول الزوج الثاني وتلذذ بهن غير عالم بأن من فارقها من البواقي له اختيارها بظهور أن من اختارهن أخوات قياسا على ذات الوليين.

فإن لم يتلذذ أصلا أو تلذذ عالما بما ذكر[1] فلا يفوت اختياره من الباقي.

فقوله: (إلا أن يفتن) أي الباقي وجمع الضمير باعتبار المعنى.

● **ص:**

ومن نكح رضيعات فأرضعتهن امرأة اختار واحدة وفسخ غيرها بلا شيء.

● **ش:**

يعني: أن من نكح رضيعات ثلاثة أو أربعة نكاحا صحيحا في عقد أو عقود فأرضعتهن[2] امرأة تحل له بناتها فإنه يختار منهن واحدة ويفارق الباقي ولا شيء لمن فارقها؛ لأنه فسخ قبل الدخول والزوج مغلوب عليه وما هذا شأنه لا شيء فيه والفسخ هنا بغير طلاق[3].

وإنما فسخ نكاح الباقي؛ لأن الجميع صرن أخوات من الرضاع.

وقولنا: (أرضعتهن امرأة تحل له بناتها) احترازا مما إذا كانت المرضعة لا تحل له

= على الأول أصلا ولا بالدخول؛ أي: الثاني كما هذا قال اللخمي. فإن فارقها بطلاق وبانت فلا كلام في فواتها بالعقد وذلك؛ لأن الطلاق وإن عُد اختيار اللازم فكأنه اختارها وطلقها ثم تزوجت. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بما ذكر) أي: بأن من فارقها له اختيارها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فأرضعتهن) أي: ثم أرضعتهن بعد العقد امرأة... إلخ؛ إما أن أرضعتهن قبل العقد فإن عقد عليهن عقدا واحدا فسخ الجميع وإن جعلهن في عقود فسخ نكاحه ما عدا نكاحه الأولى. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والفسخ هنا بغير طلاق) أي: عند ابن القاسم وقال غيره أنه بطلاق. اهـ.

بناتها كأمه أو أخته أو بنته أو زوجته فإنه لا يختار منهن شيئا ولا شيء لواحدة منهن من الصداق إذ لا تصلح واحدة منهن؛ لأن تكون زوجة له وهذه المسألة ليست خاصة بمن أسلم على أربع رضيعات؛ بل هي عامة فيه وفي المسلم الأصلي.

والمراد بـ(الرضيعات) من كن في سن الرضاع المحرم والضمير في (غيرها) للواحدة المختارة أي وفسخ نكاح غير المختارة بلا صداق وهذا بخلاف من أرضعت معه فعليه النصف قبل الدخول إن ثبت الرضاع بإقرار أما إن ثبت ببينة أو إقرارها فلا شيء عليه كما سبق.

• ص:

فلو مات أو طلق ولم يختر فلكل نسبتها للجميع من كل صداقها في الأول ومن نصفه في الثاني.

• ش:

يعني: أنه إذا مات الزوج عن الرضيعات المتقدم ذكرهن أو طلقهن ولم يختر واحدة منهن فيكون لكل واحدة منهن بنسبتها للجميع من كل صداقها في الأول: وهو الموت، ومن نصفه في الثاني: وهو الطلاق؛ لأن واحدة من الرضيعات غير معينة زوجة فدار بينهن حكم صداق شرعي من تكميل بالموت وتنصيف بالطلاق فإذا كن أربعا ومات قبل أن يختار فلهن صداق كامل فتأخذ كل واحدة منهن من كل صداقها بنسبتها للجميع ونسبتها للجميع الربع فتأخذ ربع صداقها قل أو كثر.

وإن طلقهن قبل البناء ولم يختر لزمه نصف صداق لغير معينة فتأخذ كل واحدة من نصف صداقها بنسبتها للجميع، ونسبة الواحدة للجميع الربع فتأخذ ربع نصف صداقها، وهو ثمن صداقها إذ هو الخارج بقسمة نصف صداق على أربعة وعلى هذا القياس إذا كن ثلاثة أو اثنتين.

• ص:

ولا إرث إن تخلف أربع كتابيات عن الإسلام.

• ش:

يعني: أنه إذا أسلم على عشر كتابيات مثلا فأسلم منهن ست وتخلف أربع عن

الإسلام حرائر ثم مات قبل أن يختار منهن فانه لا إرث للجميع.

أما الكتابيات فلأن الكافر لا يرث المسلم، وأما المسلمات فلجواز أن يختار الكتابيات وهن غاية ما يختار فوقع الشك في سبب الإرث ولا إرث مع الشك.

أما لو تخلف عن الإسلام أقل من أربع؛ فالميراث لمن أسلم منهن؛ لأن المادة أن معتاد الأربع فأكثر لا يرضي بأقل منهن غالبا وبهذا يندفع ما قد يقال أنه قد يختار عن الإسلام أربع إماء؛ فإن الميراث لمن أسلمن؛ لأنه لا يختار الأمة الكافرة وإنما تحل الكتابية بالملك كما مر.

فإن أسلم أربع إماء[1] فلا ارث للجميع لجواز أن يختارهن وفيهن مانع الرق.

• ص:

أو جهلت المطلقة من مسلمة وكتابية[2].

• ش:

عطف على قوله: (إن تخلف أربع) أي: وكذا لا إرث إن جهلت... إلخ، وصورة المسألة أن المسلم له زوجتان مسلمة وكتابية فطلق إحداهما[3] طلاقا بائنا أو رجعيا وانقضت العدة ثم مات وجهلت المطلقة منهما فإنه لا إرث للمسلمة لاحتمال أن المسلمة هي المطلقة وفي غير عدة رجعى فلما حصل الشك في زوجيتها منعت الإرث فلو كان الطلاق رجعيا ولم تنقض العدة فلا التباس.

والإرث جميعه للمسلمة؛ لأنه على احتمال أن المطلقة هي الكتابية فالميراث كله للمسلمة وعلى احتمال أن المطلقة هي المسلمة فالعدة لم تنقض فلها الميراث أيضا ولا إرث للكتابية على كل حال.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أربع إماء) أي مسلمات لا كافرات لأنهن لا يحل نكاحهن بالعقد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وكتابية) ومثل الكتابية الأمة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فطلق إحداهما) أي: قبل البناء وذلك بأن قال لإحداهما: أنت طالق ومات قبل البناء ولم تعلم المطلقة من غيرها أو طلقها بعد البناء طلاقا بائنا أو رجعيا وانقضت العدة قبل موته ثم مات ولم تعلم المطلقة من غيرها. اهـ.

● ص:

ومن طلق إحدى زوجتيه المدخول بإحداهما ومات وجهلت المطلقة فللمدخول بها الصداق كاملا بالدخول ولغيرها ثلاثة أرباعه.

● ش:

يعني: أن من له زوجتان مسلمتان دخل بإحداهما وعلمت وطلق إحداهما وجهلت ثم مات ولم تعلم المطلقة من غيرها فالمدخول بها الصداق كاملا بالدخول ولا منازع لها فيه، ولغير المدخول بها ثلاثة أرباع الصداق؛ لأن لها النصف قطعا بلا منازع وينازعها الوارث في النصف الثاني. فيقول لها: أنت المطلقة فليس لك إلا النصف بالطلاق قبل الدخول. وهي تقول: أنا لست بمطلقة و إنما المطلقة ضرتي فلي الصداق كاملا.

فيقسم النصف المتنازع فيه بينهما وبين الوارث بصفين فلها منه الربع مع النصف الذي لا منازع لها فيه فيصير لها ثلاثة أرباع الصداق وللوارث ربعه بعد يمين كل على ما ادعى ونفي دعوى صاحبه.

وأما الميراث فإن كان الطلاق رجعيا ولم تنقض العدة فللمدخول بها ثلاثة أرباعه ولغيرها المدخول بها ربعه.

وبيان ذلك أن المدخول بها تنازع غير المدخول بها في الميراث وتقول: أنا لم أطلق بائنا[1] فهو لي بتمامه وغير المدخول بها تدعي أنها في العصمة وأن لها نصف الميراث وللأخرى نصفه فيقسم النصف بينهما نصفين؛ لأن النازعة إنما وقعت فيه فيصير مع المدخول بها ثلاثة أرباع الميراث والأخرى ربعه.

أما إن انقضت العدة قبل موته أو كان الطلاق بائنا فالصداق على ما ذكر[2] والميراث بينهما نصفين وهذا معنى قوله الآتي: (والميراث بينهما نصفين) في الكل

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أنا لم أطلق بائنا) الأولى أن يقول: وتقول: أنا لم أطلق أصلا، وأنت قد طلقت طلاقا بائنا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على ما ذكر) المصنف من أن المدخول بها لها الصداق كاملا وللمطلقة ثلاثة أرباعه. اهـ.

إلا أن لا تمضي العدة في الأولى فللمدخول بها ثلاثة أرباعه.

فالأولى في كلامه الاتي هي هذه المسالة.

وبعبارة: وأما الميراث فإن كان الطلاق رجعيا لم تنقضي عدته فإن قدر أن المطلقة هي المدخول بها فلها نصف الميراث ونصفه للأخرى.

وإن قدران المطلقة الأخرى كان للمدخول بها الميراث كله ولا شيء منه لغير المدخول بها فالنصف منه لا منازع لها غيه والنصف الآخر تنازعها فيه الأخرى، فيقسم بينهما نصفين فيكون لها ثلاثة أرباع الميراث، وللأخرى ربعه.

وإن انقضت العدة أو كان بائنا فالميراث بينهما نصفين هذا كله إذا جُهلت المطلقة وعلمت المدخول بها.

وأما إن جهلت المدخول بها وعلمت المطلقة عكس الصورة المتقدمة فأشار له بقوله:

• ص:

وان جهلت المدخول بها فللتي لم تطلق الصداق وللمطلقة ثلاثة أرباعه.

• ش:

يعني: أنه إذا دخل بإحدى زوجتيه وجهلت وطلق إحداهما وعلمت ثم مات فللتي لم تطلق الصداق كاملا على كل حال؛ لأنه تكمل لها بالموت أو بالدخول على فرض أنها المدخول بها وللمطلقة ثلاثة أرباعه؛ لأن لها النصف قطعا بلا منازع.

وينازعها الوارث في النصف الثاني فيقول لها: أنت غير مد خول بك. وللمدخول بها هي التي في العصمة فليس لك إلا النصف. وهي تدعي أنه دخل بها لتأخذ جميع صداقها فيقسم النصف المتنازع فيه بينهما وبين الوارث فيكون لها ثلاثة أرباع الصداق وللوارث ربعه.

وأما الميراث فإن كان الطلاق بائنا أو رجعيا وانقضت عدته فجميع الميراث للتي لم تطلق ولا شيء منه للمطلقة وإن كان رجعيا ولم تنقض العدة فللتي لم تطلق ثلاثة أرباع الميراث وللمطلقة ربعه؛ لأن المطلقة تسلم النصف لغير المطلقة

وتنازعها في النصف الثاني فيقسم النصف الثاني بينهما وسيأتي ذلك في كلامه.

● ص:

وإن جهلتا فلكل سبعة أثمانه.

● ش:

يعني: أنه إذا جهل كل من المطلقة والمدخول بها فلكل منهما سبعة أثمان الصداق لانهما يقولان للوارث: المطلقة منا من دخل بها فلها الصداق بالدخول ويكتمل الصداق بالموت للثانية منا، وهي التي لم تطلق ولم يدخل بها فلنا صداقان.

والوارث يقول: لكما صداق ونصف؛ لأن المطلقة لم تدخل فلها نصف فلكما معا صداق ونصف فينازعهما في النصف الثاني فيقسم النصف الثاني بينهما فيكون لهما صداق وثلاثة أرباع ثم تتنازع الزوجتان فكل منهما تقول: أنا لم أطلق وقد دخلت فلي الصداق كاملا فيقسم بينهما ما آخذاه نصفين فيكون لكل منهما سبعة أثمان الصداق والميراث بينهما سواء كما يؤخذ مما يأتي.

● ص:

وإن لم يدخل بواحدة وجهلت المطلقة فلكل ثلاثة أرباعه

● ش:

يعني: أنه إذا لم يدخل بواحدة منهما وطلق واحدة منهما وجهلت المطلقة ثم مات فإنه يكون لكل منهما ثلاثة ارباع الصداق؛ لأن لهما صداقا ونصف؛ لأنه تكمل لغير المطلقة صداقها بالموت، والأخرى لها نصف بالطلاق قبل الدخول فلهما صداق ونصف وكل منهما تدعي أن لها الصداق كاملا؛ لأنها لم تطلق فالنزاع بينهما في نصف فيقسم بينهما فيكون لكل ثلاثة أرباع.

الميراث بينهما سواء وإن دخل بهما فلكل صداقها والميراث بينهما سواء إلا أنه إذا كان الطلاق رجعيا لم تكن هذه الصورة من صور الالتباس.

ولما ذكر حكم الصداق في جميع ما مر شرع يذكر حكم الميراث في الجميع أيضا فقال:

● ص:

والميراث بينهما في الكل إلا أن لا تمض العدة في الأولى فللمدخول بها ثلاثة أرباعه كالتي لم تطلق في الثانية وإلا أن تنقضي العدة في الثانية فلا إرث لمن طلقت والبائن كرجعي انقضت عدته.

● ش:

يعني: أن الميراث في كل المسائل السابقة يكون بين الزوجتين بالسوية إلا إذا لم تنقض العدة في المسألة الأولى؛ وهي ما إذا جهلت المطلقة ودخل بإحداهما فإنه يكون للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث والأخرى ربعه؛ لأن للمدخول بها النصف قطعا وتنازع في النصف الثاني، فتدعي طلاق تلك فيقسم النصف الثاني بينهما فيصير للمدخول بها ثلاثة أرباعه والأخرى ربعه.

وكذا يكون ثلاثة أرباع الميراث للتي لم تطلق وللمطلقة ربعه في المسألة الثانية وهي عكس الأولي أعني: جهلت المدخول بها وعلمت المطلقة؛ ولذلك أشار بقوله: (كالتي لم تطلق) أي: كما يكون ثلاثة أرباع الميراث للتي لم تطلق في الثانية وهذا إذا كان الطلاق رجعيا ولم تنقضي العدة فلا إرث لمن طلقت والإرث كله للتي لم تطلق.

وإلى ذلك أشار بقوله: (وإلا أن تنقضي العدة في الثانية فلا إرث لمن طلقت) أي: والإرث كله للتي لم تطلق.

فقوله: (وإلا أن تنقضي العدة في الثانية) عطف على الاستثناء السابق وهو قوله: (إلا أن لا تمضي العدة في الأولى).

والمقام للإضمار فكان الظاهر أن يقول: (وإلا أن تنقضي العدة فيها) ولكنه أظهر في مقام الإضمار لزيادة الإيضاح.

والطلاق البائن في هذه المسألة حكمه الرجعي الذي انقضت عدته كما مر شرح ذلك.

واعلم أن موانع النكاح خمسة رق، وكفر، وإحرام وتقدمت وكون الشخص خنثى مشكلا، ولم يذكره لندوره، والمرض وما ألحقت به وقد ذكره هنا فقال:

• ص:

ومنع مرض أحدهما المخوف ولو أذن الوارث واحتاج.

• ش:

يعني: أنه يمنع النكاح مرض أحد الزوجين مرضا مخوفا ينشأ عنه الموت عادة ولو أذن الوارث الرشيد للمريض منهما في النكاح لاحتمال موته قبل مورثه[1] وصيروا غير وارث.

وكذا يمنع النكاح المرض ولو احتاج المريض إلى خدمة أو إنفاق هذا هو الراجح، وقيل: إن احتاج لم يمنع ولو لم يأذن الوارث كما يجوز إن أذن وهو خلاف الراجح.

وإذا مرض أحدهما فأولى في المنع مرضهما معًا وعلة المنع أن فيه إدخال وارث محقق؛ ولذا لم يمنع المريض من وطء زوجته لأنها زوجته وليس كل وطء ينشأ عنه ولد.

ويلحق بالمريض في المنع كل محجورا من حاضر صف القتال ومحبوس لقتل أو قطع حامل ستة[2] فلا يعقد عليها[3] من خالفها وهي حامل منه إلا إذا كان خالفها صحيحا[4]، ثم مرض فيجوز له نكاحها بعقد جديد حيث لم تتم ستة أشهر فإن دخلت في السابع[5] امتنع.

• ص:

وفسخ ما لم يصح المريض ولو دخل ولا ميراث.

• ش:

يعني: أنه يفسخ نكاح المرض عند العثور عليه ولو دخل بها ولو حائضا ما لم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قبل مورثه) أي: ويكون الوارث غيره. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وحامل ستة) صورتها طلق زوجته طلاقا بائنا ولو كان صحيحا وأراد أن يعقد عليها بعد أن مضى للحمل ستة، فإنه يعقد عليها؛ لأنها مريضة وإما يقر زوجها فلا يتصور نكاحه لها فيفسخ النكاح. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلا يعقد عليه) أي: بعد الستة. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا إذا كان خالفها صحيحا... إلخ) أي: في حالة الصحة وهذه الصورة مستثناة من منع نكاح المريض. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإن دخلت في السابع امتنع) أي: لأنهما صارا مريضين. اهـ.

يصح المريض منهما صحة بينة فلا يفسخ لزوال المانع وهو ما رجع إليه مالك وأمر بمحو الفسخ وهي إحدى الممحوات الأربع.

وقوله: (ولو دخل) مبالغة في الفسخ وأولى يفسخ إن لم يدخل ولا ميراث بين الزوجين في المرض إذا مات أحدهما قبل الفسخ سواء مات الصحيح منهما أو مريضا.

• ص:

وللمريضة بالدخول أو الموت المسمى.

• ش:

المراد بـ(المريضة) المتزوجة في حال مرضها، والمراد بـ(الموت) موت الزوج أو الزوجة قبل الفسخ، يعني: أن المرأة إذا تزوجت في المرض ودخل بها الزوج قبل الفسخ أو مات أحدهما قبل الفسخ فإن لها المسمى بالدخول أو الموت زاد على صداق المثل أم لا؛ لأنه من المختلف[1] فيه وفسد لعقده ولم يؤثر خللا في الصداق ويقضي لها بالمسمى من رأس المال في موته وإذا فسخ قبل الدخول أو الموت فلا شيء فيه.

• ص:

وعلى المريض[2] إذ مات قبل فسخ الأقل من الثلث والمسمى وصداق المثل وبعد دخوله لها المسمى من الثلث مبدأ.

• ش:

يعني: أن الرجل إذا تزوج في مرضه المخوف ومات قبل فسخ النكاح دخل بها أو لا كما في «حش» فإنه عليه للزوجة الأقل من ثلاثة أشياء وهي الثلث والمسمى

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأن من المختلف فيه... إلخ) أي: ومن المعلوم أن ما كان كذلك يلزم فيه المسمى بموت أحدهما قبل فسخه كالنكاح الصحيح. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وعلى المريض... إلخ) الفرق بين مرضها ومرضه حيث قلتم في الأول: بلزوم المسمى من رأس المال بموت أحدهما. وقلتم في الثاني: بلزوم الأقل من الثلاثة أن الزوج في الأول صحيح فتعتبره معتبر بخلاف الثاني. وهل تقدم بينة الصحة على بينة المرض أو العكس أو يقدم الأعدل منهما أقوال ثلاثة. اهـ.

وصداق المثل فأقل الثلاثة تأخذه.

فإذا مات عن ثلاثين والمسمي أحد عشر وصداق مثلها خمسة عشر كان لها عشرة ولو كان المسمى وصداق المثل ثمانية كان لها الثمانية ولو كان المسمى وصداق المثل عشرة لاستوى الجميع وكان لها عشرة على كل حال.

فإن فسخ قبل الدخول والموت لم يكن لها شيء. وأما إذا مات بعد الدخول والفسخ بأن دخل ثم فسخ ثم مات فانه يكون لها المسمى تأخذه من ثلثه مبدأ على غيره مما يخرج من الثلث فقول «المص» إن ماتة قبل الفسخ أي دخل أم لا وقوله: (وبعد دخوله لها لها المسمى) أي حيث مات بعد الفسخ وبعد الدخول كما في «حش».

وبعبارة: وإن دخل بها فسخ أيضا وكان لها المسمى تأخذه من ثلثه مبدأ إن مات وإن صح من مرضه ذلك ثم مات بعد الصحة أخذته من رأس ماله.

تنبيه:

تقدم أنه يلزم المريض الأقل من الثلث والمسمى وصداق المثل وهذا بخلاف ما لو غصب امرأة على الزنى فأذلها مهر المثل من رأس المال لعدم دخولها على الفور كما في الحطاب قاله «الش».

• ص:

وليس له نكاح نصرانية أو أمة على الأصح.

• ش:

يعني: أنه ليس للمريض نكاح الحرة الكتابية نصرانية أو يهودية ولا نكاح الأمة المسلمة على الأصح مما في الأصل لجواز إسلام الكتابية وعتق الأمة فيصيران من أهل الإرث ويفسخ قبل البناء وبعده إلا أن يصح من مرضه.

والمختار عند اللخمي الجواز لأن كلا من الإسلام والعتق نادر، والنادر لا حكم له وعليه فلها المسمى إن كان. وإلا فصداق المثل، والله أعلم.

* * *

[وصل في خيار أحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً وبيان العيوب التي توجب الخيار في الرد والإمضاء]

ولما كان الحق في العيب والغرور لآدمي أعقبه لمانع المرض فيه لحق الورثة على قول فقال:

● **ص:**

وصل.

● **ش:**

في خيار أحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبًا وبيان العيوب التي توجب الخيار في الرد والإمضاء.

● **ص:**

خير أحدهما ولو قام به الداء إن لم يعلمه قبل العقد، ولم يرض به والتمكين رضي.

● **ش:**

يعني: أن أحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبًا من العيوب الآتي بيانها، فإنه يثبت له الخيار في الرد والإمضاء، ولو قام به الداء الذي في صاحبه فعيبه لا يمنعه من القيام بحقه لاحتمال برئه منه قبل صاحبه على أن اجتماع الضرر يؤثر. كذا أفاده «الش».

وظاهر التسوية بين الزوج والزوجة وما لابن عرفة. وقال اللخمي: ليس لها كلام حيث قام بها الداء الذي في الزوج بخلاف الزوج فله القيام بذلك. ولو قام به الداء لأنه دفع مهر في سلعة تبين عيبها ثم إن الخيار يثبت لأحد الزوجين في صاحبه بشرطين:

الأول: إذا لم يعلم السليم قبل العقد فلا خيار له.

الثاني: أن لا يرضى به صريحًا أو التزامًا فلا خيار له إلا امرأة المعترض إذا

علمت قبل العقد أو بعده باعتراضه ومكنته من التلذذ بها فلها الخيار حيث كانت ترجو برءه ولم يحصل كما يأتي فيما يأتي في مضي الاستثناء مما هنا.

والتمكين بعد العلم بالعيب يعد رضًا، فإذا علم السليم عيب صاحبه ومكنه من نفسه بعد العلم بالعيب فلا خيار له.فيه التلذذ بعد العلم أولى من التمكين في نفي الخيار لما فيه من ميل النفس وانشراح الصدر زيادة على التمكين ولأنه فعل وهو أقوى من الرضي بالفعل أي أقوى من رضاه بأن يمكن صاحبه من نفسه.

تنبيه:

علم مما مر أن شرط الخيار أن يكون العيب موجودا عند العقد أو قبله فالطارئ بعده لا يوجب الخيار إلا ما استثني كما يأتي.

• ص:

وحلف على نفيهما.

• ش:

الضمير في (نفيهما) للعلم والرضي أي: إن من ادعى عليه العلم والرضى يحلف على نفيهما.

ومثل ذلك إذا ادعى عليه التمكين أو التلذذ وترد اليمن هنا في دعوى التحقيق على القاعدة لا في دعوى الاتهام(١).

والمعنى: أنه إذا أراد أحد الزوجين أن يرد صاحبه بالعيب الذي به فقال له: أنت علمت به قبل العقد ودخلت عليه، أو علمت به بعد العقد ورضيت به، أو تلذذت، أو مكنت بعد العلم به، ولا بينة تشهد للمدعي بما ادعاه، وأنكر السليم ذلك، فإنه يحلف على نفي ما ادعى عليه به من العلم والرضى أو التلذذ والتمكين بعد العلم.

فإذا حلف ثبت له الخيار وإن نكل حلف المعيب وسقط الخيار.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا في دعوى الاتهام) أي: لأن دعوي الإتهام لا ترد فيها اليمين فإن كانت دعوي تحقيق ونكل المعيب بعد نكول السليم فيجري على القاعدة وهي أن النكول تصديق للناكل الأول فينبغي الخيار للسليم. اهـ.

قال«خ»: وانظر لو نكلا[١] قال بعضهم: لم ار فيه نصا[٢] والضمير في(حلف) يرجع للمدعي عليه الشامل للرجل والمرأة، وهذا أولى من رجوعه للسليم إذ قد يكون العيب بكل منهما.

وحاصل ما أشار له «المص» أن العيوب في الرجل والمرأة ثلاثة عشر:

أربعة يشتركان فيها: وهي الجنون والجذام والبرص والعذيطة.

وأربعة خاصة بالرجل: وهي الخصاء وقطع الحشفة والعنة والاعتراض.

وخمسة خاصة بالمرأة: وهو الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبخر.

وأضاف ما يختص بالرجل لضميره وما يختص بالمرأة لضميرها وما هو مشترك لم يضف وبدأ لعمومه فقال:

● **ص:**

ببرص.

● **ش:**

هذا متعلق بقوله سابقا: (خير) أي: إن أحد الزوجين يخير في صاحبه إذا وجد به البرص ولا فرق بين أبيضه وأسوده إلا ردئ من الأبيض؛ لأنه من مقدمات الجذام. والنابت على الأبيض شعر أبيض ويشبهه في لونه البهق غير أن الشعر النابت عليها أسود.

وقيل: أشقر ولا خيار فيه وإذا نخس البرص بإبرة خرج منه ماء ومن البهق دم وعلامة الأسود التقليس والتقشير بخلاف الأبيض أي يكون قشره مدورا يشبه الفلوس ويشبه أيضًا بعض قشر السمك ومع كونه أردئ من الأبيض أكثر سلامة وأقل عدوى وأبعد في انتشار منه.

وسواء كان البرص يسيرا أو كثيرا في المرأة اتفاقا وفي الرجل على أحد قولين في

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو مشكلا) المناسب أن يقول: وانظر لو نكل؛ أي: المعيب بعد نكول السليم. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لم أر فيه نصات) استظهر بعضهم أنه يثبت للسليم الخيار كما هو القاعدة. اهـ.

اليسير[١] ثم أشار للثاني وهو العذيطة بالمعنى فقال عاطفا على برص

● ص:

وتغوط أو بول عند الجماع.

● ش:

أي: ولأحد الزوجين أن يرد الآخر إذا وجد به العذيطة وهو أن يحدث عند الجماع بأن يتغوط أو يبول[٢] على الراجح[٣] في البول وهذا إذا كان ما ذكر قديما أو شك فيه[٤] لا أن تحقق حدوثه فلا رد به ولا رد بريح قولا واحدا.

ولا بالبول في الفرش على الراجح أو العذيطة بفتح العين لا بكسرها كما قيل بذلك وهو مصدر عذيط كدحرج والرجل عذيوط بكسر العين وسكون الذال المعجمة وفتح التحتية وسكون الواو والمرأة عذيوطة وهو بالمثنات التحتية على الصواب خلافا لمن ضبطه بالباء الموحدة.

● ص:

وجذام وجنون وإن مرة في الشهر[٥].

● ش:

أي: وكذا لأحد الزوجين الرد بالجذام البين أي المحقق، ولو قل، أو حدث بعد العقد لا المشكوك فيه فلا رد به، وأما جذام الأصل من أب أو أم أو جد أو جدة فلا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في اليسير) هذا كله في برص قديم قبل العقد وأما الحادث بعده فلا رد باليسير اتفاقا وفي الكثير خلاف وهذا فيما حدث بالرجل وأما في المرأة فهي مصيبة نزلت بها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو يبول) عند الجماع ويرد بكثرة القيام للبول منها أو منه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على الراجح) مقابله أنه عيب وانظر لو لم يعرف أنه منه أو منها حيث لا قرينة تعيين المراد وفي الذعر قولان؛ أي: قلة شعر العانة. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو شك فيه) أي: في حدوثه بعد العقد وقدمه عنه فاذا حدثت عند تزوجها من غير سبق تزويج فتحمل على أنها غير حادثة بل كامنة فيها. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مرة في الشهر) أي: هذا إذا استغرق كل الأوقات أو غالبها بل وإن حصل في كل شهر مرة ويفيق فيما سواها، وظاهره أنه إذا كان يأتي في كل شهرين فلا رد به وليس كذلك، والظاهر أن هذا كناية عن القلة، ثم محل الرد بها ذكر من الجنون الذي يحصل في =

رد به، فإذا كان أصل أحد الزوجين به داء الجذام فلا رد للآخر به بخلاف من اشترى رقيقا فوجد في أحد أصوله جذاما فيرده بذلك؛ لأن الشراء مبني على المشاح بخلاف النكاح؛ فانه مبني على المكارمة.

والجذام بضم الجيم: علة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله فيفسد منه مزاج الأعضاء وهيأتها وربما آل إلى كل الأعضاء وسقوطها.

وكذا يخير أحد الزوجين في صاحبه إذا وجد به الجنون ولو كان يجن مرة في الشهر لنفور النفس منه عادة. وسواء كان بجنون بصرع[١] أو طبع أو وسواس[٢] وهذا في الجنون الكائن قبل العقد فيرد به قبل الدخول وبعده حيث لم يعلم به إلا بعد الدخول وأما إن علم قبله ودخل فلا خيار كما تقدم.

وفي «خ»: أن الجنون الحادث بعد العقد وقبل الدخول يثبت به الخيار. قال «دك»: واعلم أن الجنون حكمه حكم الجذام فإن كان قبل العقد رد به مطلقا وإن حدث بعده وقبل البناء فانه يوجب الخيار للمراة دون الرجل.

وكذا إن حصل بعد البناء على ظاهر المدونة في بجذام ويقاس عليه الجنون وسياتي في الكلام على ذلك.

ثم شرع في العيوب الخاصة بالرجل فقال:

● ص:

وخصاية حيث لم ينزل وقطع حشفة.

● ش:

يعني: أن المرأة لها الخيار في الزوج بخصائة في أنثييه فإذا وجدته مقطوع الأنثيين كان لها الرد إذا لم ينزل بسبب قطعها وإلا فلا رد لها؛ لأن الخيار إنما هو لعدم تمام اللذة ولذلك لا يضر عدم النسل كالعقيم فلا يرد عادم النسل وسل

= الشهر مرة إذا كان يحصل منه إضرار من ضرب إفساد شيء أما الذي يصرع بالأرض ويفيق من غير إضرار فلا يرد به. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بصرع) أي: من الجن. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو وسواس) أي: وهو ما كان من غلبة السوداء. اهـ.

الأنثيين كقطعهما.

وكذا كقطعهما وكذا للمراة الرد بقطع حشفته وهي راس الذكر فأولى قطع الذكر كله وأولي من ذلك الجب وهو قطع الثلاثة وإنما رد بقطع الحشفة[1]؛ لأن لينها في مبدأ الايلاج مع التدريج فيها يتوقف عليه تمام اللذة.

وكذلك كونها في مقعد الرحم فإذا كانت مقطوعة يصير الذكر كخشبة تدخل فجأة وتخرج فجأة لا لذة فيها.

تنبيهان:

الأول: المراد من الجب عدم المذاكير الثلاثة ولو من أصل الخلقة.

الثاني: حكم الخصاء فيما يؤكد لحمه أنه جائز من غير كراهة لما فيه من صلاح لحومها ونهى النبي عليه الصلاة والسلام عن خصاء الخيل فقيل نهي تحريم؛ لأن ذلك ينتقص القوة ويذهب النسل مع أن المقصود منها الركوب[2]. وأما البغال والحمير فقال ابن يونس: يجوز خصاؤها إذ ليس فيها إعانة على الجهاد.

وقال أيضا الفرس يكلب يجوز خصاؤه وحكى الإجماع على تحريم خصاء الآدمي.

● **ص:**

وعنة.

● **ش:**

بضم العين المهملة وتشديد النون والمراد بها صفر الذكر بحيث لا ياتي به بجماع عادة كان يكو كاذر والعنينين لغة من لا يشتهي النسا.

ويقال أيضا: امرأة عينة؛ أي لا تشتهي الرجال، ومثل العنة: ثخن الذكر المانع من الإيلاج، وأما الطول فلا رد بل يلوي عليه[3] شيء من فوق، ومثل العنة أيضا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قطع حشفته) وانظر قطع بعضها والظاهر أن يقال إن قطع الاكثر كالكل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الركوب) أي: الركوب الخاص في الجهاد. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بل يلوئ عليه) أي: يلوي عليه شيء على ما لا يستطيع إيلاجه =

انتفاخ الأنثيين بأدرة أو غيرها حتى لا يظهر من الآلة ما يعتد به. قاله «حش» عن «عبق».

وقال أيضا: رأيت في بعض كتب الأدب أقل طول الذكر عند النساء بقدر عرض ستة أصابع وأوسطه ثمانية وغايته اثنا عشر.

ومن العيوب الخاصة بالرجل الاعتراض وهو عدم انتشار الذكر، قال بعضهم المعترض هو الذي له آلة كآلة الرجال ولكن لا ينتشر وربما كان عدم انتشار في امرأة دون الأخرى[1] ولم يذكره «المص» هنا بل ذكره فيما بعد؛ لأن له أحكاما تخصه فأخره ليرتبها عليه.

ثم أشار للعيوب التي تخص المرأة فقال:

• ص:

وقرنها ورتقها وعفلها وبخروجها وإفضائها.

• ش:

يعني: أن من عيوب المرأة التي يثبت للزوج بها الرد:

القرن: بفتح الراء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالبا فيمكن علاجه وتارة يكون عظما فلا يمكن علاجه عادة ومنها.

الرتق: بفتح الراء والتاء الفوقية وهو انسداد مسلك الذكر بحيث يمكن معه الجماع إلا أنه إذا انسد بلحم أمكن علاجه وبعظم لا يمكن عادة منها بخروجها أي نتنه؛ لأنه منفر خلافا للائمة الثلاث في قولهم لا رد به كالجرب ونتن الفم.

وقال اللخمي: يرد بخر الفم والأنف وسيأتي في باب البيع أن البخر يرد به الرقيق مطلقا في الفرج أو في الفم؛ لأن البيع مبني على المشاحة.

ومنها: العفل: بفتح العين والفاء، لحم يبرز في قبلها ولا يسلم غالبا من رشح يشبه أدرة الرجل.

= من أصله ولا يرد الزوج بكونه خنثى متضح الذكورية ونظر بعضهم في وجود الزوجة خنثى متضحة الأنوثة. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في امرأة دون أخرى) بعمل ذلك خلقي أو بامر طرأ كسحر. اهـ.

وقيل: أنه رغوة في الفرج تحدث عند الجماع.

ومنها الإفضاء: وهو اختلاط مسلكي البول والذكر وأولى منه اختلاط مسلكي البول والغائط.

وحكي ابن العماد في رفع الجناح عن ما هو من المرأة مباح خلافا في وطء المفضاة والحق في ذلك أن ينظر لموضع الاستمتاع فإذا كان الذكر يسلك في موضع الاستمتاع وهو القبل جاز وإلا فلا.

● ص:

والكل بعد العقد مصيبة.

● ش:

يعني: أن جميع هذه العيوب إنما يرد بها إذا كانت موجودة حال العقد أو قبله ولم يعلم بها كما تقدم. وأما ما حدث منها بعد العقد فمصيبة نزلت بالرجل والمرأة إلا الجذام والبرص والجنون فإن هذه الثلاثة إن كانت بالرجل فللزوجة رده بها كما أشار له بقوله:

● ص:

الاجذام المحقق وبرصه الفاحش وجنونه فلها الخيار وأجل فيها أن رجي البرء سنة.

● ش:

يعني: أن جميع ما حدث بعد العقد من هذه العيوب يكون مصيبة نزلت بالرجل أو المرأة إلا ثلاثة عيوب فأنها إذا حدثت بالرجل بعد العقد فللمرأة فيه الخيار؛ لعدم صبرها عليها، وليست العصمة بيدها.

وإذا حدثت بالمرأة فلا خيار فيها للرجل وهي مصيبة نزلت به؛ لأن الطلاق بيده فإما أن يرضى وإما أن يطلق، وليس له أخذ شيء منها في نظير الطلاق وقيل: حدوث الجنون بالزوجة كحدوثه بالزوج فله الخيار.

وذهب اللخمي المتيطي إلى إلغاء الحادث بعد الدخول. وذهب أشهب إلى إلغاء الحادث مطلقا والراجح ما ذكره «المص» لقول ابن عرفة: ما حدث بالمرأة بعد

العقد نازلة بالزوج واستظهر بعضهم أن العذيطة الحادثة بعد العقد كهذه الثلاثة فلها الرد بها.

وهذه الثلاثة هي جذلية المحقق وهو معنى البين في الأصل فلهذالرد به ولو قل.

(وبرصه الفاحش) لا اليسير (وجنونه) ويؤجل الزوج سنة قمرية في هذه العيوب الثلاثة الحدثة بعد العقد إن رجي برؤه لتمر عليه الفصول الأربع فإن لم يرج البرء فلا فائدة في التأجيل.

فقوله: (واجل فيها) أي في هذه الثلاث ولها في الأجل النفقة كما يأتي أن دخل لا أن لم يدخل. قال ابن رشد: إذا لم يدخل المجنون فلا نفقة لزوجته في الأجل ومثله الأبرص والمجذم وظاهره أن التأجيل بسنة للحر والعبد وفي «دك» أن العبد يؤجل نصفها.

ثم أشار للاعتراض: وهو عيب خاص بالرجل فقال:

● **ص:**

ويعتراضه قبل وطء وأجل سنة من يوم الحكم والعبد نصفها.

● **ش:**

هذا عطف على قوله (ببرص) أي أنه يثبت للمراة الخيار باعتراضه أي عدم انشار ذكره، ومحل الخيار أن حصل له الاعتراض قبل وطئه لها. أما بعد الوطء فمصيبة نزلت بها.

وبعبارة: لها الخيار باعتراضه إن لم يسبق له فيها وطء ولو مرة وإلا فلا خيار لها وهي مصيبة نزلت بها، ويؤجل المعترض سنة قمرية لعلاجه بالدواء سواء كان الاعتراض قديما أو حديثا والسنة من يوم الحكم لا من يوم الدفع؛ لأنه قد يتقدم عن يوم الحكم فإن لم يترافعا تراضيا على التأجيل فالأجل من يوم التراضي فإذا مرت سنة ولم يطأ كان لها الخيار وإنما كان أجله سنة لتمر عليه الفصول الأربعة؛ لأن الدواء ربما أثر في فصل دون فصل وإذا قامت زوجة المعترض وهو مريض فلا يضرب له الأجل حتى يصح من مرضه فإذا صح صحة بينة ضرب له الأجل فإذا مرض ثانيا كان على الأجل الأول.

يعني: أنه إذا مرض بعد الحكم وضرب الأجل فلا يزاد له في الأجل؛ لأجل المرض بل تطلق عليه بعد السنة ولو مرض في جميعها سواء قدر في مرضه على العلاج أو لا وسيأتي ذلك لـ«المص» ومحل التأجيل سنة إن كان المعترض حرا فإن كان عبدا أجل بنصف سنة هكذا الفقه وإن كانت حكمة الفصول المتقدمة تقتضي المساواة بين الحر والعبد.

وبعبارة: ما مشى عليه «المص» هو قول مالك وبه الحكم ونقل عنه أيضا أنه يؤجل سنة كالحر وهو قول جمهور الفقهاء.

قال اللخمي: وهو أبين؛ لأن السنة جعلت ليختبر وفي الفصول الأربعة فقد ينفع الدواء في فصل دون فصل وهذا يستوي فيه الحر والعبد. اهـ.

ومثله يجري في الأبرص والأجذم والمجنون والمعترض بفتح الراء سمي بذلك؛ لأن الداء اعتراضه.

● ص:

وصدق إن ادعى ولو بعدها الوطء فيها بيمينه فإن نكل حلفت وإلا بقيت.

● ش:

قوله: (ولو بعدها) مبالغة في الادعاء أي: يصدق إن ادعى في السنة بل ولو ادعى بعدها فلا فرق في دعواه الوطء في السنة أو بعدها ولا يعول على ما في الخرشي تبعا للسنهوري من التفريق بين الدعوى في السنة وبعدها.

وقوله: (الوطء) مفعول (ادعى) والمعنى: أن المعترض إذا ادعى في السنة أو بعدها أنه وطء زوجته في السنة فإنه يصدق في دعواه بيمينه فإذا حلف بطل خيارها وإن نكل حلفت هي أنه لم يطأ وفرق بينهما ولو قبل تمام السنة إن شاءت وإلا تحلف بل نكلت كما نكل هو بقيت زوجة ولا كلام بعد ذلك؛ لأنها بنكولها مصدقة له على الوطء.

ومفهوم قوله: (فيها) إنه إن ادعى بعدها أنه وطء بعدها لم يصدق ومثل دعوى الحر الوطء في السنة دعوى العبد الوطء في نصفها فلو قال: وصدق ولو بعد الأجل أنه وطء فيها لشملهما هذا إذا ادعى الوطء فإن لم يدعه فأشار له بقوله:

● ص:

وإن لم يدعه طلقها بعد الأجل فإن أبى فهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم قولان.

● ش:

قوله: (بعد الأجل) ظرف لـ(طلق) و(الأجل) صادق بالسنة للحر ونصفها للعبد والمعنى: أنه إذا انقضى الأجل المضروب للمعترض ولم يدع الوطء بعد انقضائه ولا قبله بل وافقها على عدمه فإنه يأمره الحاكم بطلاقها إن طلبت الطلاق فإن طلق فواضح وإن أبى الطلاق فهل يطلقها الحاكم بأن يقول: طلقتها عليك أو هي مطلقة ونحو ذلك أو يأمرها الحاكم بالطلاق فتقول: طلقت نفسي ونحو ذلك ثم يحكم بوقوعه ليرتفع الخلاف أي: خلاف من لا يرى أن أمر القاضي لها في هذه الصورة حكما قولان والمشهور الأول فكان الأولى الاقتصار عليه.

قال بعضهم: ليس المراد بالحكم ما يتبادر منه بل معنى الحكم هنا الإشهاد بأن يقول لها الحاكم بعد تمام نظره كما يجب: طلقي نفسك إن شئت وإن شئت التربص عليه فإذا طلقت نفسها أشهد على ذلك وإذا طلقها الحاكم فلا يوقع أكثر من طلقة فإن أوقع أكثر لم يلزم الزوج الزائد وطلاق الحاكم هنا بائن لا رجعي.

● ص:

ولها في الأجل النفقة على الصواب.

● ش:

يعني: أن زوجة المعترض لها عليه النفقة في الأجل على الصواب كزوجة المجنون والأجذم والأبرص خلافا لما في الأصل من عدم لزومه النفقة.

● ص:

وتكمل بالسنة الصداق.

● ش:

يعني: أن المعترض إذا أجل سنة ولم يحصل منه وطء لزوجته واختارت فراقه فإنه يتكمل لها بالسنة جميع الصداق؛ لأنها مكنت من نفسها وطال مقامها معه

وتلذذ بها وأخلق صورتها فإن طلقت قبلها فلها نصف الصداق.

قال الخطاب: أي: إذا لم يطل مقامها معه فإن طال فلها الصداق وإذا كان لها النصف فتعاض المتلذذ بها بالاجتهاد.

قال أبو عمران: جعل مالك الحجة في التكميل التلذذ وإخلاق الصورة فظاهره أنه متى انخرم أحدهما لا تكميل.

ثم شبه في تكميل الصداق قوله:

● ص:

كدخول العنين والمجبوب ثم يطلقان.

● ش:

يعني: أن العنين والمجبوب إذا دخلا بزوجتيهما ثم طلقا بعد الدخول اختيارا فإنه يتكمل عليهما الصداق بالدخول وأما إذا طلق عليهما لعيبهما فسيأتي في كلام «المص» والخصي أولى من المجبوب في ذلك.

● ص:

ولمن رضيت بالاعتراض مدة القيام قبلها ولو بعد الأجل ولا يجدد.

● ش:

قوله: (لمن) جار ومجرور خبر مقدم و(القيام) مبتدأ مؤخر و(مدة) ظرف لـ (رضيت) والضمير في (قبلها) للمدة.

وقوله: (ولو بعد الأجل) مبالغة في الرضى أي: ولو رضيت بعد الأجل أو بعده أنها تقيم معه مدة.

والمعنى: أن زوجة المعترض إذا رضيت في الأجل أو بعده أنها بقيم معه مدة معينة كسنة أو سنتين الأجل ي ضرب لها ثم أرادت الفراق قبل تلك المدة التي رضيت بها كان لها ذلك لمزيد الضرر ولا يجدد لها مدة ثانية تقيمها معه؛ لأن الأجل الأول قد ضرب فلا يضرب لها أجل ثان ويؤمر بطلاقها حالا فإن أبى طلق عليه وهذا إذا رضيت بمدة معينة أما إذا أبدت بأن قالت: رضيت بالمقام معه أبدا فليس لها فراقه وهذا يفيده قوله: أول الوصل ولم يرض به.

ثم شبه في القيام بعد الرضي قوله:

• ص:

بالجذام ولو أطلقت لا أبدت.

• ش:

أي: وكذا لو رضيت زوجة المجذم بالجذام فإن لها القيام إن قيدت بمدة بل ولو أطلقت فلم تقيد بمدة ولا تأبيد وقيل: ليس لها القيام بعد الرضى ولو زاد الجذام أما إذا أبدت بأن قالت: رضيت به أبدا فليس لها فراقه.

• ص:

وتربص بالأجل لصحة المعترض المريض والغي مرض طرأ.

• ش:

يعني: أن المعترض إذا كان مريضا بمرض غير مرض الاعتراض فإنه لا يضرب له الأجل بمجرد الرفع للحاكم بل يتربص بالأجل إلى أن يصح صحة بينة فإذا صح ضرب له الأجل فإن طرأ عليه مرض ثان بعد الضرب وقبل فراغ الأجل فيلغى ذلك المرض.

يعني: لا يزداد له بعد الأجل بقدر الأيام التي مرض فيها سواء مرض بعض السنة أو كلها قدر على الدواء أم لا كما مر.

• ص:

فإن جب في الأجل فهل يبطل كالإيلاء ويثبت الخيار أو يتربص خلاف وقيل: بل تبقى كجب الصحيح بعد الدخول.

• ش:

يعني: أن المعترض إذا جب قبل تمام الأجل فإن في ذلك خلاف فقيل: إن الأجل يبطل ويثبت للزوجة الخيار في البقاء والفراق إذ لا فائدة في التأخير كما أن المولى إذا قطع ذكره في الأجل فإن الأجل يبطل وتثبت الزوجية وهذا باتفاق فشبه «المص» المختلف فيه بالمتفق عليه والتشبيه في بطلان الأجل فقط وإذا بطل فلها نصف الصداق على المعترض وقيل: لا يبطل الأجل بل يتربص حتى ينقضي

الأجل لعلها أن ترضى بالمقام معه بلا وطء وقيل: لا تطلق عليه جملة بل تبقى معه وتكون مصيبة نزلت بها وهذا ضعيف ولذا أخره عن قوله: (خلاف) وذكره مع ضعفه ليفيد للطالب وليتوصل به إلى ما بعده وهو قوله: (كجب الصحيح) ويتفق عليه لـ«خ».

والكاف في قوله: (كجب الصحيح) للتشبيه فشبه المختلف فيه بالمتفق عليه كما مر نظيره يعني: أن الصحيح الذي ليس به مرض الاعتراض إذا جب بعد البناء فإنها تبقى زوجته ولا تطلق عليه وهي مصيبة نزلت بها وأما إذا كان الجب قبل البناء فلها الخيار والمراد بالجب في كلامه ما يشمل قطع الذكر.

● **ص:**

وتتفق عليه إن قطعته وعلى الفراق إن قطعه.

● **ش:**

الضمير في (عليه) يعود على البقاء المفهوم من الفعل السابق وهو قوله: (بل تبقى) وهذا تقييد للخلاف السابق في المعترض إذا قطع ذكره في الأجل أي أن محل الخلاف ما لم تقطعه هي أو هو أما إن قطعته هي فتتفق على بقائها معه؛ لأنها الجانية على نفسها وإن قطعه هو فيتفق على الفراق قبل تمام الأجل؛ لأنه الظالم لنفسه ولها نصف الصداق إن اختارت الطلاق.

ولما ذكر ما يرد به من العيوب شرع في بيان ما لا يرد به فقال:

● **ص:**

ولا رد ببول الفراش وريح الجماع ونتن الفم والأنف والقرع والقبح والسواد والثيوبة وقطع النسل.

● **ش:**

يعني: أنه لا يثبت الرد لأحد الزوجين إذا وجد صاحبه يبول على الفرش على الأظهر إلا لشرط وأما البول حال الجماع فسبق أنه يرد به على الراجح وكذا لا رد بريح يحدث عند الجماع منها أو منه وكذا لا رد بنتن الفم أو الأنف أو هما وكذا لا رد بالقرع بفتح الراء وهو عدم نبات الشعر لعلة ولو من قوم ذوي شعر وكذا لا رد

بقبح المنظر.

وكذا لا رد بالسواد ولو من قوم بيض فلا يعتبر خلف الظن فالظن إذا تخلف لا يوجب لصاحبه كلام كما إذا ظنها ذات شعر أو بيضاء أو جميلة فتوجد بخلافه.

وكذا لا رد بعمى وعور وعرج وشلل وقطع عضو وكثرة أكل ونحو ذلك من كل ما يعد عيبا كما يأتي وكذا لا رد بثيوبة ولو ظنها بكرا سواء ثيبت بنكاح أو لا علم الأب بالثيوبة وكتم أو لا إلا لشرط كما يأتي وكذا لا رد بقطع النسل كالعقيم.

● ص:

وغير ذلك إلا بشرط كسكوت الولي مع وصف الغير بحضرته فإن تنازعا في الشرط رجع لكتاب الموثق.

● ش:

قوله: (وغير ذلك) عطف على معمول (رد) السابق وهو بول أي: ولا رد أيضا بغير ذلك من العيوب ككبر السن وغلظ البطن ودناءة الأصل والاستحاضة والصغر في السن ويندرج في ذلك كون الزوج خنثى اتضحت ذكورته فلا كلام لها ونظروا فيما إذا كانت الزوجة خنثى اتضحت أنوثتها هل ترد بذلك أو لا؟

واستظهر «حش» أنه إذا أمكن قطع الآلة الزائدة فكالرتق والقرن والعفل ثم إن هذه الأمور التي لا رد بها محل عدم الرد بها إن لم يشترط الزوج أو الزوجة السلامة منها.

أما إن شرطت السلامة منها فيرد بها سواء عين ما شرطه أو قال: من كل عيب أو من جميع العيوب. ومثل الشرط سكوت الولي مع وصف غيره لوليته عند الخطبة بحضرته فإذا وصفها غير الولي بحضرة الولي بأنها بيضاء أو صحيحة العينين أو سليمة من القرع ونحو ذلك والولي ساكت لم يتكلم فللزوج الرد بذلك بمنزلة الشرط؛ لأن سكوت الولي على الغير إقرار له على ذلك فكأنه هو الواصف.

وسواء سأل الزوج عنها أو وصف الواصف ابتداء وإذا كان له الرد بوصف غير الولي مع سكوته فأولى له الرد إن وصفها الولي بنفسه وإذا تنازع الزوج مع المرأة أو وليها في شرط السلامة من العيوب ولا بينة لأحدهما فيرجع لكتاب الموثق الذي فيه تاريخ العقد ومقدار الصداق وحلوله وتأجيله فإذا وجد في الوثيقة أنها سليمة

البدن سليمة من العيوب أو من العيب الفلاني عمل بما فيها إذا وجدت خلافه وإذا لم يوجد في الوثيقة ذلك فالأصل عدم الشرط فيكون القول قولها في عدم شرط السلامة إذا ادعاه الزوج هذا إذا كتب في الوثيقة سليمة البدن أو من العيوب وأما إذا كتب فيها صحيحة البدن والعقل فقيل: يعمل بما فيها وقيل: لا يعمل به لأن ما يوجد فيها من تلفيق الموثقين وهذه التفرقة بين الصحة والسلامة عرف قديم لا يوافق عرفنا الآن.

تنبيه:

إذا قيل: ما الفرق بين العيوب المتقدمة من البرص وما بعده وبين غيرها من نحو الريح والسواد والقرع حيث رد بالأولى بغير شرط ولا يرد بالثانية إلا مع الشرط؟

يقال: الفرق بينهما أن البرص ونحوه مما تعافه النفوس وينقص الاستمتاع أو لأنها تسري إلى الولد أو لأن الجنون أو الجذام شديد لا يستطاع الصبر عليه والبرص وعيب الفرج مما يخفى وأما غير ذلك من العيوب فالغالب عليها أنها مما لا يخفى فغير المشترط مفرط في عدم استعلام ذلك.

وإذا شرط الزوج السلامة من عيب لا ترد به إلا بشرط ولم يوجد ما شرطه فإن اطلع على ذلك قبل البناء فإما أن يرضى وعليه جميع الصداق أو يفارق ولا شيء عليه.

وإن اطلع على ذلك بعد البناء ردت بصداق مثلها ويسقط عنه ما زاده لأجل ما اشترطه ما لم يكن صداق مثلها أكثر من المسمى ورجع عليها بما زاده المسمى عليه حيث زاد عليه ولا يرجع بجميع الصداق فليس كالعيب الذي يثبت به الخيار فيها من غير شرط قاله «خ».

● ص:

والعرف مساواة البكر للعذراء واصطلاح الفقهاء البكر: من لم تثيب بوطء يدرأ الحد والعذراء المسدودة.

● ش:

يعني: أن عرفنا الآن مساواة البكر للعذراء وهي التي لم تزل بكارتها بمزيل فإذا

شرط أنه لا يتزوجها إلا بكرا أو عذراء فوجدها ثيبا فله الرد سواء علم الولي أو لا كانت الثيوبة بنكاح أو لا أما إذا لم يشترط فلا رد له بالثيوبة كما مر.

وأما اصطلاح الفقهاء قديما فهو أن البكر من لم تثيب بوطء يدرأ الحدود ولو زنت بأن لم تطوطأ بعقد صحيح أو فاسد يجري مجرى الصحيح في درأ الحد فإذا زالت بكارتها بزنى أو وثبة أو تكرر حيض أو بفاسد لا يدرأ الحد فهي بكر عند الفقهاء.

والعذرة عندهم هي المسدودة فعلى عرف الفقهاء إذا اشترط أنها بكر فإن فوجدها ثيبا ففيه خلاف بالرد وعدمه ومحل الخلاف ما لم يعلم وليها بثيوبتها عند شرط الزوج أو وكيله وإلا فله الرد من غير خلاف.

ومحله أيضا ما لم يجر عرف[1] بمساواة البكر للعذراء كما هوالآن وإلا فله الرد قطعا وكذا العرف مساواة السلامة للصحة فإذا قال الموثق: صحيحة البدن والعقل فهو مثل قوله: سليمة العقل والبدن فلذا لا يذكر «المص» قول الأصل: وفي الرد إن شرط الصحة تردد ومفهوم الأصل أن الموثق إذا كتب أنها سليمة البدن فللزوج الرد من غير خلاف والحاصل أن كلام الأصل مبني على عدم مساواة السلامة للصحة وعرفنا الآن مساواتهما فلذا أخره «المص».

تنبيه:

إذا قال الزوج: وجدتها منفتحة مثلا لا حد عليه وإن قال: وجدتها مفتضة حد.

● ص:

ولحر زوج رقيقا بلا بيان الخيار لا رقيق مع مثله ومسلم مع نصرانية إلا أن يقرا بالقول.

● ش:

(لحر) جار ومجرور خبر مقدم و(الخيار) مبتدأ مؤخر و(زوج) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل يعود على (الحر) يعني: أن الحر إذا زوج برقيق بلا بيان أنه رقيق ثم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ما لم يجر عرف... إلخ) أي: ومحله أيضا إذا اتفقت مع الزوج على أنها الآن غير بكر، فإذا ادعت أنها بكر وادعى هو عدمها فالقول لها في وجودها ولا ينظرها =

علم بذلك فله الخيار سواء كان الحر هو الزوج أو الزوجة.

قال ابن الحاجب: تزويج الحر الأمة والحرة العبد دون بيان غرور واضح. اهـ.

وهذا بخلاف ما إذا تزويج العبد امرأة يظنها حرة فإذا هي أمة أو تزوجت الأمة رجلا تظنه حرا فإذا هو عبد فإنه لا رد لأحدهما على صاحبه لحصول المساواة في الرق بين الأمة والعبد في الصورتين فلا فرق بين أن يكون الجاهل الرجل أو المرأة.

وهذا معنى قوله: (لا رقيق مع مثله) أي: لا خيار لرقيق مع رقيق مثله وكذا لا خيار للمسلم إذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فإذا هي نصرانية وكذا إذا تزوجت النصرانية رجلا تظنه نصرانيا فإذا هو مسلم فلا خيار لها لاستوائهما في الحرية فهذه صور أربع لا خيار فيها.

ومحل عدم الخيار إن لم يحصل غرور فإذا غرت الأمة العبد بالحرية أو عكسه أو غر المسلم النصرانية بأنه على دينها أو غرته بأنها مسلمة فتبين خلافه فللمغرور الرد في الصور الأربع.

فقوله: (إلا أن يغرا) مستثنى من قوله: (لا رقيق... إلخ) أي: إلا أن يغر أحدهما الآخر بالقول بخلاف الواقع وضمير التثنية يعود الغارين وهما الرقيق مع مثله والمسلم مع النصرانية (ويغرا) بالبناء للفاعل[1] ويحتمل أنه بالبناء للمفعول[2] أي: إلا أن يغر المغروران من الجانبين.

وهل يرتد المسلم بقوله لها: هو نصراني. كما في البدر[3] أو لا يرتد كما في «عب» وهو الأظهر وعليه «دك».

= النساء جبرا عليها فإن مكنت من نفسها امرأتين فإن شهدتا بثيوبتها كان القول قوله دونها وإن شهدتا ببكارتها كان القول قولها دونه. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للفاعل) أي: وهو ضمير الغارين. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للمفعول) ونائب الفاعل المغرورين؛ أي: ضمير هما. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كما في البدر) أي: أن البدر القرافي يقول: هو يرتد بذلك. اهـ.

● ص:

وأجلت للدواء بالاجتهاد والأجرة عليها واجبرت إلا لخلقه.

● ش:

الضمير في (أجلت) للمرأة التي قام بها داء من أدواء الفرج سواء كانت رتقاء أو غيرها كما في الخرشي و«دك» ولا خصوصية للرتقاء التي في الأصل والمعنى: أن المرأة إذا أرادت التداوي من داء فرجها فإنها تؤجل للتداوي بالاجتهاد من غير تحديد بل بما يقوله أهل المعرفة بالطب.

وليس للزوج أن يمنعها من ذلك بل يلزمه أن يصبر عليها لعلاجها وهذا إن رجي برؤه بلا ضرر وإلا فلا تؤجل والأجرة في التداوي عليها من مالها؛ لأنها مطلوبة بالتمكين لزوجها وهذا من توابعه؛ لأن التمكين المعتد به إنما يكون مع عدم العيب ومثل أجرة الطبيب ثمن الدواء فيكون من مالها وإذا امتنعت المرأة من التداوي وطلبه الزوج أجبرت عليه إذا لم يكن من أصل الخلقة كما يجبر عليه الزوج إن أبى أما إذا كان من أصل الخلقة فلا تجبر على تداويه لزيادة التأذي والضرر في علاجه ولا يجبر الزوج أيضا. قال اللخمي: إلا أن لا ينقص المتعة فيجبر عليه إن طلبته.

والحاصل: أن ما لم يكن من أصل الخلقة بل كان بعمل كما يقع لبعض السودان حين الخفاض من التحام الشفرين يجبر عليه الآبي منهما لطالبه أن يلزم عليه عيب في الإصابة بعده وإلا جبرت عليه هي إن طلبه الزوج وأما ما كان من أصل الخلقة فلا تجبر عليه هي ولا الزوج أيضا على غير ما للخمي.

وأما اللخمي فيقول: إن كان ينقص على الزوج الاستمتاع فلا يجبر عليه وإذا لم ينقص الاستمتاع جبر.

● ص:

وحبس على ثوب منكر الجب.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا ادعت على زوجها الإعراض فأكذبها فإنه يصدق في نفي الاعتراض بيمين وكأنهم رأوا إنعاظه من تحت الثوب فحشا لا يلزم به وقد يمنعه منه

الحياء ومثل الاعتراض غيره من أدواء الفرج كجذام وبرص.

وشبه في التصديق بيمين قوله:

● ص:

كالمرأة في فرجها وبعد الدخول في الحدوث.

● ش:

قوله: (في فرجها) متعلق بمحذوف أي تصدق في فرجها أي في حال فرجها هل به عيب أو لا فإذا ادعت نفي عيبه صدقت بيمينها (وبعد) ظرف لمقدر يتعلق به الجار والمجرور بعده أي: وتصدق بعد الدخول في حدوث الداء بعد العقد.

والمعنى: أن الزوج إذا ادعى على المرأة عيب الفرج كجذام وبرص وعفل ورتق وقرن وأكذبته في ذلك فإنها تصدق المرأة في نفي داء فرجها بيمين ولا ينظرها النساء وإذا تنازعا بعد الدخول في حدوثه وقدمه فقالت: حدث بعد العقد فلا خيار لك. وقال: بل قبله فلي الخيار. فالقول لها بيمين.

وأما إذا حصل التنازع قبل البناء في حدوثه بعد العقد أو قبله فالقول قول الزوج في أن العيب قبل العقد على الراجح.

وقولنا: في حال فرجها شامل للثيوبة والبكارة فإذا تنازعا في البكارة والثيوبة فقال الزوج: وجدتها ثيبا. وقالت الزوجة: وجدني بكرا. فإنها تصدق بيمين.

قال «خ»: وأما لو ادعت أنها كانت بكرا وأزال الزوج بكارتها فإنها تعرض على النساء فإن شهدن أن بها أثرا يمكن كونه منه دينت وحلفت وإن كان بعيدا ردت به دون يمين على الزوج.

وقال ابن سحنون عنه: لا بد من يمين أنه ليس منه. اهـ.

وهذا كله في داء الفرج وأما داء غير الفرج كبرص فما يطلع عليه الرجال كالوجه واليدين فلا بد من ثبوته برجلين وإن كان في باقي الجسد كفى فيه امرأتان[1] كما أشار لذلك بقوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بامرأتين) أي: أو بامرأة واحدة إذا لم يكن غيرها. اهـ.

• ص:

ونظر الرجال الوجه والكفين والنساء ما بقي.

• ش:

يعني: أن الداء إن كان بغير الفرج فإن كان مما يطلع عليه الرجال والنساء كالوجه والكفين فلا بد من ثبوته برجلين وإن كان في باقي الجسد فينظره النساء ويثبت بامرأتين.

فإن قلت: إن قوله: (ما بقي) شامل للفرج فيعكر عليه ما قبله من تصديقها بيمين في حال فرجها ولا ينظرها النساء.

ويجاب: بأن ما سبق إذا لم يرضي بنظرهن وهذا فيما إذا رضيت به أو بأن قوله: ما بقي مخصوص بغير الفرج على أن المسألة مختلفة فيها.

فقد قال بعضهم: العمل على نظر النساء لها مطلقا. قال «دص»: ولا ينظرها النساء إذا كان العيب في الفرج كالبكارة خلافا لسحنون وإن شهدت له أي: للرجل امرأتان قبلتا[١] ولا يكون نظرهما لفرجها جرحة نظرا لقول سحنون[٢]. اهـ.

فعلى مذهب سحنون إذا تنازعا في وجود الفرج وعدمه نظرها النساء وعلى كلام غير سحنون تصدق المرأة في نفي داء فرجها بيمينها.

وبعبارة: إذا أتى الزوج بامرأتين يشهدان له قبلتا ولا يكون تعمد نظرهما للفرج جرحة إما لعذرهما بالجهل أو لكون المانع[٣] من نظرهما حق المرأة في عدم الاطلاع على عورتها فإن رضيت جاز للضرورة

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قبلتا) أي: قبلت شهادتها؛ لأنها وإن لم تكن بمال إلا أنها تؤول له؛ لأن من ثمرتها سقوط الصداق. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نظرا لقول سحنون) أي: لأنه يقول: يجوز النظر للفرج للنساء؛ لأجل الشهادة وتجبر المرأة على نظرهن. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو لكون المانع... إلخ) يرد عليه أنه قد تقرر في بحث ستر العورة أنه لا يجوز النظر لفرج المرأة ولو رضيت. قلت: أجيب بحمل ما في ستر العورة على ما إذا لم يكن لنفع شرعي وإلا جاز كما في هذه ومثلها الطب. اهـ.

● ص:

وحلف أبو السفيهة بدلها.

● ش:

هذا راجع للمسائل السابقة التي تصدق فيها المرأة باليمين يعني أن المرأة إذا كانت رشيدة تحلف بنفسها وإن كانت سفيهة أو صغيرة بالأولى يحلف أبوها بدلها ليدفع عن نفسه الغرم أي: غرم الصداق للزوج.

فلا يقال: كيف يحلف الأب ليستحق غيره؟ قال ابن رشد: والأخ كالأب بخلف غيرهما من الأولياء فلا يمين عليه بل اليمين عليها أي: السفيهة ويصبر لبلوغ الصغيرة.

وقال «خ»: ينبغي أن الولي القريب كالأب فمحل اليمين محل الغرم[1].

تنبيه:

إذا علم الأب بثيوبتها بلا وطء من نكاح بل بوثبة أو زنى أو تكرر حيض وكتم ذلك وقد شرط الزوج بكارتها فإن له الرد على الأصح وأما إذا ثيبت بنكاح فله الرد ولو لم يعلم الأب. ذكره الأصل هنا وقد تقدم مبسوطا.

ولما فرغ من الكلام على ما يوجب الرد وما لا يوجبه شرع يتكلم على ما يترتب على الرد قبل البناء وبعده عن الصداق فقال:

● ص:

ولا صداق قبل البناء وبعده بعيبه فعلى غير العنين المسمى وبعيبها رجع بالمهر على المجبر.

● ش:

يعني: أن العيب إذا ظهر بأحد الزوجين ورد السالم ذا العيب قبل البناء فإنه لا صداق للزوجة سواء وقع الرد بلفظ الطلاق أو غيره؛ لأنه إن كان العيب بها فهي مدلسة غارة لا شيء لها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فمحل اليمين محل الغرم) أي: فالموضع الذي فيه اليمين هو الموضع الذي فيه الغرم على تقدير عدم الحلف. اهـ.

وإن كان بالزوج فجاء الرد من قبلها مع بقاء سلعتها وكلامه شامل للعيب الذي يرد به بلا شرط أو بشرط حيث تبين عدم المشروط والمراد بـ(البناء) الدخول أو الخلوة التي لم يقع فيها مناكرة(١).

وقولنا: سواء وقع الرد بلفظ الطلاق أو غيره هو ما في «دك» وقيده بعضهم بما إذا كان بغير لفظ الطلاق وإلا لزمه النصف؛ لأن الطلاق اختيار فكأنه رضيها زوجة ثم طلقها لأن الطلاق لا يكون إلا من زوجة ويؤيد هذا ما سبق فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة من أن الطلاق اختيار.

وهل يلزمه نصف الصداق إذا رد بلفظ الطلاق مطلقا سواء كان عالما أو جاهلا أو يعذر الجاهل الذي لا يفرق بين الرد والطلاق؟

محل نظر هذا كله في الرد قبل البناء وأما إذا حصل الرد بعد البناء فإن كان بسبب عيب الزوج فعليه المسمى من الصداق ولو كانت معيبة لتدليسه ومحل لزوم المسمى له إن كان غير عنين(٢) أو مجبوب فإن كان عنينا أو مجبوبا فلا شيء عليه بالدخول وإن تلذذ أجرى على قوله: (وتعاض المتلذذ بها) ومثل العنين والمجبوب مقطوع الذكر كما في «خ».

وإن كان الرد بعد البناء بسبب عيب الزوجة رجع الزوج بجميع المهر على المجبر أي: يغرم الزوج المهر للزوجة بالدخول ثم يرجع به على المجبر.

فقوله: (رجع) في قوة قوله: غرم المهر ورجع به. فاكتفى بقوله: (رجع) عن التصريح بقوله: غرم لها وإذا خشي الزوج فلس الولي رجع عليه بالمؤجل حالا ولا يبقى على أجله كذا في «عب».

قال «حش»: وقياسه رجوع المرأة بالمؤخر المؤجل حالا إذا طلقت وخشيت الموانع ولا يبقى على أجله وتقع هذه كثيرا وإذا رجع الزوج على المجبر فلا يرجع الجبر على الزوجة.

قال «خ»: وإذا رجع الزوج على وليها فإن الولي لا يرجع بشيء منه على الزوجة؛

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مناكرة) أي: مذاكرة الوطء بأن حصل فيها اعتراف بالوطء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عنين) أي: صغير الذكر. اهـ.

لأنها لم تكن حاضرة العقد والولي هو الذي غره ودلس عليه.

وقوله: (رجع بالمهر) هو في عيب ترد به بغير شرط وأما ما ترد به بالشرط فإنه يرجع بما زاده المسمي على صداق مثلها. وكذا قيد به «دك» كلام الأصل.

والباء في قوله: (بعيبه) و(بعيبها) للسببية أي: أنه إذا كان الرد بسبب عيبه وإن كانت هي معيبة فعلى الزوج الغير العنين المسمى.

وإن كان بسبب عيبها هي وإن هو معيبا رجع على المجبر بالمهر فالتعبير بباء السببية أولى من تعبير الأصل بمع حيث قال: وبعده فمع عيبه المسمى ومعها رجع بجميعه؛ لأن العيب قد يصاحبه الرد ويكون الرد لأجل غيره كما إذا حصل الرد بعيب الزوجة مع عيب الزوج فقد صاحب الرد عيب الزوج مع أن الرد لأجل عيب الزوجة.

فكلام الأصل يوهم أنه متى حصل الرد مع عيب الزوج يكون لها المسمى ولو كان الرد لأجل عيبها وإذا حصل الرد مع عيب الزوجة يرجع بجميع الصداق ولو كان الرد لأجل عيبه وليس كذلك في الصورتين هذا توضيح «الش».

● ص:

وإلا فعلى ولي تولي العقد إلا أن لا يخالطها فعليها.

● ش:

قوله: (وإلا) راجع لقوله: (رجع على المجبر) يعني أن المرأة إذا ردت بعد البناء بعيبها فإن الزوج يغرم لها المهر ويرجع به على مجبرها إن كان فإن لم يكن لها مجبر رجع به على ولي تولي عقدها كأب وابن وأخ وابنه أو عم وابنه إذا كان ذلك الولي مخالطا لها لا يخفى عليه عيبها كأن يكون معها في بيت واحد وإذا غرم هنا الولي للزوج ما أخذته الزوجة فلا يرجع عليها الولي بشيء من الصداق الذي أخذته من الزوج إذا كانت غائبة عن مجلس العقد؛ لأن الولي هو الذي دلس على الزوج فاستحق الغرم.

وكذا لا يرجع عليها الزوج ولو أعدم الولي أو مات[1] لأنها لم تدلس ومن حجتها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو أعدم الولي أو مات... إلخ) هذا قول مالك وابن القاسم. وقال ابن حبيب: يرجع الزوج عليها في حالة عدم الولي. واختاره اللخمي. اهـ.

أن تقول: لو حضرت مجلس العقد لم أكتم عيبي.

وأما إذا كان الولي الذي تولى عقدها يخفى عليه حالها لعدم مخالطته لها لم يرجع عليه الزوج بل يرجع عليها.

كما أشار لذلك بقوله: (إلا إذا لا يخالطها فعليها) وهذه التفرقة بين الولي المخالط وغيره إنما هي في عيب يظهر قبل البناء كجنون وجذام وبرص وأما ما لا يظهر إلا بعده أو بالوطء فحكم الولي القريب فيه كالبعيد والمخالط كغير المخالط فيكون الرجوع في ذلك عليها وحدها.

فتحصل أن الرجوع أولا على المجبر فإن لم يكن لها مجبر فالرجوع على وليها بشروط خمسة:

الأول: أن يتولى العقد لا إن تولي غيره فلا رجوع عليه بل على من تولاه.

الثاني: أن يكون مخالطها لها وإلا فعليها.

الثالث: أن تكون غائبة عن مجلس العقد فإن حضرت كاتمة كوليها فيخير الزوج في الرجوع عليها وعليه.

الرابع: أن يكون شأن هذا العيب أن يظهر قبل البناء وأما الخفي كداء الفرج فالرجوع عليها ولا فرق بين أن يكون الولي مخالط لها أو لا.

الخامس: أن يكون قريبا لها فإن كان أجنبيا فلا يرجع عليه ولو تولى العقد كما يأتي.

• ص:

وإن كتما حاضرين خير ورجع الولي عليها إن أخذ منه وحيث رجع عليها ترك أقل المهر.

• ش:

يعني: أنه إذا حضر الولي والزوجة الغير المجبرة مجلس العقد وكتما معا عيبها عن الزوج فعلم الزوج بالعيب فإنه يخير الزوج بين أن يرجع بجميع الصداق على الولي أو يرجع به على الزوجة لأن كلا منهما غار مدلس لكن إذا رجع به على الولي رجع به الولي على الزوجة وإذا رجع به الزوج على الزوجة فلا ترجع بشيء منه على الولي؛ لأنها غارة مدلسة وهي المباشرة للإتلاف وحيث رجع الزوج على الزوجة

فإنه يترك لها أقل المهر وهو ربع دينار[1] أو ثلاثة دراهم لحق الله تعالى لئلا يعري البضع عن الصداق فيشبه الزنى وكذا إذا غرم الولي للزوج فإن الولي إذا رجع عليها يترك لها أقل المهر.

فقوله: (وحيث رجع) بالبناء للمفعول فيشمل رجوع الزوج والولي.

وقوله: (ورجع الولي عليها) أي: في موضوع التخيير وهو فرع حضورها كاتمة مع الولي فقرار الغرم عليها.

واعلم أنه لا فرق في الكتم بين الولي القريب والبعيد والمخالط وغيره فالرجوع عليه فقط إن كانت غائبة وعليه أو عليها إن زوجها بحضورها كاتمين كما تقدم.

● **ص:**

وحلف الولي إن ادعى علمه وغرم إن نكل بعد حلف الزوج في دعوى التحقيق.

● **ش:**

قوله: (بعد حلف الزوج) متعلق بـ(غرم) يعني: أنه الزوج إذا ادعى على الولي البعيد كالعم وابن العم أو من العشيرة أو السلطان أنه علم بالعيب وغيره وأنكر الولي علمه بذلك فإن للزوج تحليفه على عدم العلم بذلك حال العقد فإن حلف بريء ولا يرجع الزوج على الزوجة لإقراره بأن الولي غره ولا على الولي لحلفه و إن نكل الولي حلف الزوج أن الولي علم بالعيب وغره ويغرم الولي بعد حلف الزوج جميع الصداق للزوج لكن إنما ترد اليمين على الزوج بعد نكول الولي في دعوى التحقيق أما إذا كانت دعوى اتهام بأن اتهم الزوج الولي بأنه علم بالعيب وكتمه فلا ترد اليمين فيها على الزوج بل يغرم الولي بمجرد نكوله وإذا نكل الزوج في دعوى التحقيق كما نكل الولي فلاشيء على الولي ولا على المرأة لإقراره بعلم الولي وأنه غره كمما لو حلف الولي فإنه لا تباعة للزوج[2] على أحد.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا ربع دينار... إلخ) المراد به ما يحل به البضع شرعا فيشمل الثلاثة دراهم أو ما يقوم بأحدهما. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تباعة للزوج على أحد) أي: على المشهور ومقابله ما قاله ابن حبيب من أنه إذا حلف الولي رجع على المرأة. اهـ.

ومثل الولي البعيد الولي القريب الذي يخفى عليه حالها وأما القريب المخالط فالحكم فيه ما مر من التفصيل.

تنبيه:

إذا توجه الغرم على الولي لنكوله فأعسر فإن الزوج لا يرجع على الزوجة على المعتمد لإقراره بأن الذي غره الولي.

● **ص:**

ولا رجوع إن غره أجنبي[1] ولو تولى العقد إن علم الزوج أجنبية.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا غره أجنبي من المرأة بأنها سالمة من العيوب فإن الزوج لا رجوع له على الأجنبي الغار ولو تولى العقد بولاية الإسلام أو بتوكيل الولي الخاص لأنه غرر.

قولي: يؤدب عليه والزوج مفرط حيث لم يتثبت لنفسه[2] ولا يرجع على الزوجة أيضا ومحل عدم رجوع الزوج عليه إن علم أجنبيته بإخباره أو لا أي: كان العلم بإخباره أو لم يكن بإخباره بل بأخبار غيره بأن أخبر هو أو غيره أنه أجنبي.

وإنما عقد بولاية الإسلام أو بالوكالة عن الولي أما إن لم يعلم الزوج بأنه أجنبي بل اعتقد أنه قريب لها إما بإخباره أو سكوته أو إخبار غيره فإنه يرجع عليه بجميع الصداق ولا يترك له ربع دينار.

والحاصل: أنه إن لم يتول العقد فلا رجوع له عليه مطلقا علم أنه أجنبي أو لا وإن تولى العقد فإن علم أنه أجنبي فلا رجوع له عليه وإلا رجع عليه بجميع الصداق.

فقوله: (إن علم الزوج أجنبيته) شرط في المبالغ عليه وهو قوله: (ولو تولى العقد) وإما ما قبل المبالغة وهو ما إذا لم يتول العقد فلا رجوع له عليه مطلقا علم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن غره أجنبي... إلخ) إما إن كان الغار وليا ولم يتول العقد رجع عليه إن كان مجبرا وإلا فعلى من تولاه حيث علم بغرور الولي وسكت. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حيث لم يتثبت لنفسه) أي: حيث لم يفحص حال تلك المرأة. اهـ.

أنه أجنبي أو لا.

قال «حش»: ومحل عدم الرجوع على الأجنبي ما لم يصرح بالضمان[1] كأن يقول: اضمن لك إنها غير سوداء مثلا وإلا رجع عليه بما زاد على صداق مثلها حيث ظهر له الخلف بعد العقد.

ثم شرع يتكلم على ما إذا غر الزوج الحر بحرية أمة والغار له إما الأمة أو سيدها أو غيرهما كما سنوضحه إن شاء الله تعالى فقال:

● ص:

وعلى من غرته الأمة أو سيدها الأقل من المسمى وصداق المثل.

● ش:

الجار والمجرور خبر مقدم و(الأقل) مبتدأ مؤخر وقوله: (أو سيدها) عطف على الأمة أفاد به أنه لا فرق بين غرورها وغرور سيدها خلافا لما في الخرشي من أنه إن غره السيد كانت كالأمة المحللة يملكها بالقيمة ولا قيمة للولد.

والمعنى: أن الزوج الحر إذا أغرته الأمة أو سيدها بأنها حرة ثم تبين أنها أمة فإنه يلزمه الأقل من المسمى وصداق المثل إن ردها إذ من حجته أن يقول: إن كان المسمى أقل فقد رضيت به على أنها حرة فرضاها به على أنها أمة أولى وإن كان المسمى أكثر من صداق المثل يقول: لم ادفع المسمى الأعلى إنها حرة فلا يلزمني إلا صداق المثل.

وقيل: عليه الأكثر من المسمى وصداق المثل.

وقيل: لها ربع دينار كالحرة الغارة هذا كله إن ردها فإن تماسك بها فيلزمه المسمى كاستحقاق ما ليس بوجه الصفقة بالمثل كما أفاده القرافي وسيأتي أنه إذا استحق ما ليس وجه الصفقة فليس للمشتري التزام الباقي بحصته من الثمن بل إما أن يرد وإما أن يتماسك به بجميع الثمن وخيرته تنفي ضرره فكذلك ما هنا إما أن يرد وإما أن يتماسك بجميع المسمى على كونها رقيقا؛ لأن المقصود الأعظم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ما لم يصرح بالضمان... إلخ) أي: وإلا رجع عليه الزوج لضمانه. اهـ.

الاستمتاع بالبضع وهو باق والحرية والرقية شيء آخر انظر «حش».

وإنما يجوز له إمساكها مع شروط نكاح الأمة من خوف العنت وعدم الطول بناء على أن الدوام كالابتداء والأظهر خلافه كما في «دك».

ولا بد من أن يكون السيد إذن لها أو لا في استخلاف من يعقد عليها أو إذن لمن عقد عليها وإلا فسخ أبدا.

واعلم أنه إذا تماسك بها فلا يطأها حتى يستبرأها؛ لأن الماء الآتي بعد التماسك بها رقيق لسيدها كما في «عج» وأما ولدها قبل ظهور رقها فهو حر كما أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

وولده حر وغرم لمن لا يعتق عليه قيمته يوم الحكم دون ماله.

● **ش:**

يعني: أن ولد الزوج الحر المغرور بحرية أمة قن أو بشائبة حر تبعا لأبيه بإجماع الصحابة فهو مستثنى من قاعدة: كل ولد فهو تابع لأمه في الرق والحرية.

وكذا أم الولد التي أو ولدها سيدها الحر فولدها حر فهاتان مسألتان يستثنيان من القاعدة وأما ولد غير المغرور أو المغرور العبد فرق لسيد الأم ثم إن الأمة إما أن تكون ملكا لمن لا يعتق عليه الولد أو لا فإن لم تكن ملكا لمن يعتق عليه فإنه يغرم قيمة ولده منها مطلقا امسك أو فارق سواء كان الغرور منها أو من سيدها أو من أجنبي لم يتول العقد.

وأما مال الولد فلا يغرمه لسيد الأم وتعتبر القيمة[1] يوم الحكم[2] لا يوم الولادة فلو مات الولد قبل يوم الحكم سقطت القيمة عن الأب وقيل: تعتبر يوم الولادة فإن استحقت حاملا فالقيمة يوم الولادة اتفاقا فإن أعدم الأب أخذت القيمة من الولد كما يأتي ولا يرجع بها على أبيه إن أيسر كما أن أباه لا يرجع بها عليه إن دفعها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وتعتبر القيمة) أي: قيمة الولد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يوم الحكم) أي: لأن ضمان قيمة الولد سببه منع سيد الأم منه وهو إنما يتحقق يوم الحكم. اهـ.

وقولنا: سواء كان الغرور منها أو من سيدها هو ما يفيده سياق كلام «المص» و«دك» وصرح به في «دص». وفي «خ»: أن السيد إذا أغر بحرية الأمة لم يكن له قيمة ولد على الزوج. اهـ.

وأما إذا كانت الأمة ملكا لمن يعتق ولده عليه كجده وغره بحريتها فلا قيمة عليه في الولد لسيد أمه ولا ولاء لسيدها على ولده؛ لأنه حر بالأصالة أي: تخلق على الحرية[1] فلم يعتق الولد على سيد الأم بالملك حتى يكون له عليه الولاء بل حريته أصلية وفائدة نفي الولاء عن الجد مع أنه يرثه بالنسب فتظهر ولو قيل به في الجد للأم إذا لا يرث بالنسب.

وبعبارة: محل وجوب غرم قيمة الولد على الأب الحر المغرور ما لم يكن الولد يعتق على سيد أمه وإلا فلا غرامة على الأب كما لو غرت الولد أمة أبيه أو جده من أب أو أم أو أمة أمه بالحرية فتزوجها ظانا حريتها وأولدها ثم علم برقها فإن الولد يعتق على جده أو جدته ولا قيمة فيه ولا ولاء لهما عليه.

تنبيه:

إذا أغر الزوج أجنبي بحرية أمة وتولى عقدها بإذن سيدها ولم يخبر بأنه غير ولي بل أخبر بأنه ولي أو لم يخبر بشيء فإن الزوج يغرم لسيدها المسمى وقيمة الولد وإذا غرم ذلك للسيد فإنه يرجع على من غره بالمسمى لا بقيمة الولد التي غرمها للسيد؛ لأن الغرور سبب في إتلاف الصداق وهو وإن كان سببا للوطء أيضا إلا أنه قد لا ينشأ عنه ولد والمباشر مقدم على المتسبب فلو أخبر الأجنبي بأنه غير ولي فلا يرجع الزوج عليه بشيء كم إذا لم ليتول العقد كما مر.

● **ص:**

وعلى الغرر في ذات الشائبة إلا المكاتبة فرق ووقفت فإن أدت ردت للأب.

● **ش:**

عطف على مقدر أي: وعلى المغرور قيمة ولده يوم الحكم على أنه قن في ولد

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أي تخلق على الحرية) أي: لا أنه عتق بالملك حتى يكون عليه الولاء. اهـ.

غير ذات الشائبة وعلى الغرر في ولد ذات الشائبة كمدبرة وأم ولد ومعتقة لأجل فيقوم على احتمالات الحرية والرقية والأجل فإذا كانت أمه[1] أم ولد فيقوم ولدها على غرر[2] لو جاز بيعه على احتمال موته قبل موت سيد أمه فيكون رقيقا وعلى احتمال موته بعد موت سيد أمه فيكون حرا وإذا كانت أمه الغارة مدبرة فيقوم على احتمال موته قبل السيد فيكون رقيقا وعلى احتمال موته بعده ويحمله الثلث فيكون حرا أو على احتمال أن يحمل بعضه فيرق بعضه وعلى احتمال أنه لا يحمل منه شيئا فيرق كله. فاحتمالات الرق في ولد المدبرة[3] أكثر منها في أم الولد وإذا كانت الأمة مبعضة[4] غرم الأب قيمة بعضه القن يوم الحكم وإذا كانت أمة معتقة لأجل[5] فيقوم على احتمال موته قبل الأجل فيكون رقيقا أو بعده فيكون حرا.

فالتقويم على الغرر معناه التقويم على هذه الاحتمالات ويستثنى من ذات الشائبة المكاتبة فلا يقوم ولدها على الغرر بل يقوم على أنه رق وتوقف قيمته تحت يد أمين فإن أدت أمه نجوم الكتابة وخرجت حرة ردت قيمته لأبيه، وان عجزت ورجعت رقا دفعت القيمة لسيد أمه والولد حر على كل حال أدت أمه أو عجزت.

وبعبارة: من تزوج أمة على أنها حرة وأولدها ثم تبين بعد ذلك إنها مكاتبة وقد غرته بحريتها فإنها تؤخذ منه قيمة الولد على أنه رق وتوضع عند عدل فإن أدت الأم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإذا كانت أمه) أي: أم هذا الولد أم ولد فيقوم هذا الولد على الغرر والمراد به ولد أم الولد الغارة كما علمت. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيقوم ولدها على غرره... إلخ) قال في المدونة: ولو كانت الغارة أم ولد فلسيدها قيمة أولادها على أبيهم على رجاء العتق لهم بموت سيد أمهم وخوف أن يموتوا في الرق قبله. اهـ. يعني: أنه يقال: ما قيمة ذلك الولد إن لو جاز بيعه مع احتمال أنه يخرج حرا بموت سيد الأم وأن يموت في الرق قبله فإذا قبل قيمته كذا لزم أباه تلك القيمة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في ولد المدبرة... إلخ) قال ابن المواز: يلزم الزوج المغرور في ولد المدبرة قيمة عبد قن. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مبعضة... إلخ) أي: فولدها بمنزلتها معتق بعضه فيغرم الأب قيمة البعض القن يوم الحكم. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (معتقة لأجل... إلخ) أي: يقوم ولد المعتقة لأجل على الغرر لذلك الأجل على رجاء العتق بالبقاء إلى الأجل وخوف موتهم قبل انقضائه. اهـ.

الكتابة خرجت حرة رجعت القيمة للأب؛ لأن الغيب كشف أنها كانت حرة وقت غرورها.

وإن عجزت أخذ القيمة السيد لظهور أنها أمته وإنما لم يقم ولد المكاتبة على غرره كغيره ممن تقدم؛ لأنه أدخل في الرق من غيره.

ألا ترى قولهم: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

• ص:

وسقطت بموته قبله.

• ش:

تقدم أن قيمة ولد المغرور تعتبر يوم الحكم، وذكر هنا أنه إذا مات الولد قبل الحكم فإنها تسقط عن أبيه، وهذا وإن كان يفهم مما سبق إلا أنه صرح به لقوة المخالف[1] القائل بأن القيمة تعتبر يوم الولادة.

فالضمير في (موته) للولد ويحتمل أنه عائد على سيد الأمة أي تسقط القيمة عن الأب بموت سيدها لخروجه حرا بموته فليس لورثته مطالبة الأب.

كذا قال بعض شراح الأصل في مثل هذه العبارة: (وهو بعيد ولئن سلم فيخص بولد المدبرة أو أم الولد؛ لأنه الذي يخرج حرا بموت السيد.

• ص:

وعليه الأقل من قيمته أو ديته إن قتل.

• ش:

الضمير في (عليه) للأب. وفي (قيمته وديته) للولد. أي: وعلى الأب للسيد أقل الأمرين من قيمة الولد أو ديته إن قتل يعني: إن ولد المغرور إذا قتل قبل الحكم[2].

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لقوة المخالف) أي: لقوة القول المخالف الذي يقول لا تسقط، وهو أشهب القائل تعتبر القيمة يوم الولادة؛ لأنه يومئذ اتلف على سيده فلو مات الولد قبل يوم الحكم لم تسقط قيمته. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قبل الحكم) أي: على أبيه بقيمته وأما إن قتل بعد الحكم على أبيه بالقيمة فاللازم للأب إنما هو القيمة التي حكم عليه بها سواء كان أقل من الدية أو أكثر. اهـ.

وأخذ الأب ديته فإنه يلزمه الأقل من قيمته يوم القتل أو ديته والدية تشمل الخطأ وصلح العمد فإن كانت الدية أقل من قيمته فلا يلزم الأب غيرها؛ لأنه هو الذي أخذه.

والدية بمنزلة عين الولد وإن كانت القيمة أقل من الدية فلا يلزم الأب غيرها بمنزلة ما لو كان الولد حيا وما زادته الدية على القيمة يكون ميراث.

قال «خ»: ويختص الأب من دية الخطأ بقدر القيمة والباقي بينه وبين الورثة على الفرائض فإن اقتص الأب من القاتل أو هرب[1] فلا شيء على الأب للسيد لأنه[2] قبل الحكم بالقيمة فتسقط كموته قبله.

تنبيه:

إذا كانت القيمة أقل أداها الأب من أول نجوم الدية فإن لم يف الأول فمن الثاني وهكذا ولو أتلف الأب الدية وهو عديم لم يكن للسيد[3] على الجاني شيء؛ لأنه إنما دفعها بحكم من الشرع.

• ص:

ومن غرته أو عشر قيمة أمه أذا لقته ميتاً.

• ش:

قوله: (ومن غرته أو عشر قيمة أمه أذا لقته ميتًا). يعني: أن الأم الفارة إذا ضرب شخص بطنها فألقت جنينا ميتا وهي حية فأخذ الأب فيه من الجاني عشر دية أمه نقدا أو أخذ منه الغرة وهي عبد أو وليدة تساوي عشر قيمة الأم فإن الأب يلزمه أن يغرم للسيد الأقل من غرته[4] أو عشر قيمة أمه أما إن خرج حيا ففيه الدية ويدفع

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو هرب) أي: القاتل؛ أي: بحيث تعذر أخذ الدية منه أو القصاص. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأنه) أي: القصاص أو الهروب قبل الحكم بالقيمة وذلك؛ لأن القتل كان قبل الحكم بقيمته فما يتبعه من قصاص أو هروب يكون قبل الحكم بقيمته فما يتبعه من قصاص أو هروب يكون قبل الحكم بقيمته؛ لأنه لما قتل تعذر الحكم بقيمته. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للسيد) أي: سيد الأم. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الأقل من غرته... إلخ) أي: الأقل من الشيئين فالغرة في السقط بمنزلة الدية، وعشر قيمة الأم بمنزلة القيمة فيلزمه الأقل منهما. اهـ.

الأب الأقل من القيمة أو الدية كما مر.

وقوله: (أو عشر قيمة أمه) خير من قول الأصل أو ما نقصها؛ لأنه لا يعرف من قال في جنين الفارة ما نقصها[١].

● ص:

وعن أرش الجناية وما نقصه إن جرح[٢].

● ش:

يعني: أن ولد الفارة إذا جرحه شخص أي جنى عليه فيما دون النفس وأخذ الأب من الجاني أرش الجناية فإنه يدفع له للسيد الأقل[٣] من الأرش الذي أخذه في نظير الجناية ومما نقصه قيمته مجروحا عن قيمته سالما عن يوم الجرح على فرض أنه رقيق ويدفع له أقل هذين الأمرين[٤] بعد أن يدفع له قيمته ناقصا يوم الحكم ثم يدفع له أيضا أقل الأمرين.

● ص:

وصلحه وعفوه لغو إلا في العمد ففي رجوع السيد على الجاني قولان.

● ش:

يعني: أن الأب إذا صالح الجاني بشيء أو عفا عنه مجانًا فصلح الأب وعفوه لغو لا يبطل حق السيد من الرجوع على الجاني فإذا صالح الأب بأقل من الدية رجع السيد على القاتل بالأقل من تتمة القيمة أو الدية وإذا عفى عنه فإن السيد يرجع أيضا على القاتل إلا إذا أعفى الأب في العمد ففي رجوع السيد على الجاني قولان.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ما نقصها) أي: بعض عشر قيمة أمه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن جرح) أي: ولد الفارة قبل الحكم على أبيه بلزوم القيمة لسيد أمه. اهـ.وما بين القيمتين والضابط أن أقل الأمرين يعزمه الأب للسيد زيادة على قيمته مجروحا. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالأقل) من تتمة القيمة أو الدية مثلا الدية ألف دينار وصالح بخمسمائة والقيمة ثمانية فإذا غرم الأب خمسمائة رجع السيد على الجاني بمائة التي هي تمام القيمة فتمام القيمة مائة لو تمام الدية خمسمائة والمائة أقل من الخمسمائة. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويدفع له أقل هذين الأمرين) أي: الذي قبضه من الجاني وما بين القيمتين والضابط أن أقل الأمرين يغرمه الأب للسيد زيادة على قيمته مجروحا. اهـ.

● ص:

ولعدمه تؤخذ من الابن وإن ولدا جماعة فكل على نفسه.

● ش:

ضمير (عدمه) للأب وضمير تؤخذ يعود على القيمة وقدم الجار لإفادة الحصر؛ أي لا تؤخذ القيمة من الابن إلا لعدم الأب لا أذا أيسر الأب فلا تؤخذ من الابن ولو عبر بدل الابن بالولد لكان أحسن لأن الولد يشمل الذكر والأنثى والابن خاص بالذكر.

وضمير التثنية في (ولدا) يعود على الفارة والمفرور، يعني: أن الأب إذا أعدم بموت أو فلس فإن القيمة تؤخذ من الابن الموسر عن نفسه؛ لأنها في معنى الفداء وهو أولى به ولا يرجع بها على أبيه كما أن الأب إذا غرمها لا يرجع بها على ابنه فإن أعسرا أخذت من أولهما يسارًا أو يحاصص المفلس ويأخذ من تركه الميت.

وإذا قلنا: تؤخذ من الابن لعدم الأب وكان قد ولد جماعة من الأولاد فكل من الأولاد قيمته على نفسه ولا يؤخذ منه قيمة غيره من أخواته فلا يؤخذ ما يلي من معدوم ولا حاضر عن غائب ولا حي عن ميت.

● ص:

والقول للزوج أنه لم يعلم رقها.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا ادعى عدم علمه بالرق وأن السيد أو الأمة غراه بحريتها فكذباه وقالا له: بل أنت علمت بعدم الحرية. فالقول للزوج بيمين أنه لم يعلم رقها وإنما أغر فله الرد قبل البناء ولا شيء عليه وبعده ويغرم قيمة الولد على ما مر.

● ص:

ولو طلقها أو مات ثم اطلع على موجب خيار فكالعدم.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا طلق زوجته ثم اطلع أحدهما على موجب خيار في الآخر كجنون أو جذام أو برص ونحو ذلك. فإن هذا العيب يسير كالعدم لا يسقط على

المهر شيئا فيدفع لها المهر كاملا أن دخل ونصفه أن لم يدخل.

وكذا إذا مات أحد الزوجين أو كلاهما ثم اطلع الحي منهما على عيب في الميت أو اطلع ورثة أحداهما على عيب في الآخر، فإن العيب أيضا كالعدم فلها الصداق كاملا دخل أو لم يدخل؛ لأن الصداق تكمل بالموت. والإرث ثابت بينهما لتفريط السليم عن الفحص عن حال المعيب.

فقوله: (كالعدم) راجع للمسألتين. و(اطلع) بالبناء للمفعول أي اطلع السليم في مسألة الطلاق أو ورثة السليم أو الحي في مسألة الموت.

● ص:

ورجعت بالخلع على المعيب.

● ش:

أي: أن الزوجة إذا خالعت زوجها ثم اطلعت فيه على عيب يوجب الرد فإنها ترجع عليه بالخلع بمعنى المخالع به؛ لأن لها رده بلا خلع.

● ص:

وعلى الولي كتم ما لا رد به.

● ش:

يعني: أنه يحب على الولي كتم ما لا رد به من العيوب إلا بالشرط إذا لم يشترط الزوج السلامة؛ لأن النكاح مبني على المكارمة بخلاف البيع فإنه مبني على المشاحنة. ولذا أوجب فيه بيان ما يكره المشترى.

أما إذا اشترط الزوج السلامة من العيوب التي لا يرد بها فإنها تصير بالشرط من جزئيات ما يرد به فلا يكتمه وهذا معنى قول «الش» وما اشترط مما يرد به أي: أن الذي اشترطه كائن مما يرد به بسبب الشرط، فـ(ما) في كلامه موصولة مبتدأ وما بعدها صلة، و(مما يرد) جار ومجرور متعلق بمحذوف خبر، و(ما لا رد به إلا بالشرط) شامل للعمى والعور والعرج القرع والخناء بفتح الخاء المعجمة أي الفواحش التي تشين العرض كالزنى والسرقة ونحو ذلك.

وأتى «المص» بـ(على) إشارة إلى وجوب الكتم تحاشيا عن الغيبة وقصد للستر

على نفسه وعلى وليته، ولكن إذا شرط عليه الزوج السلامة من ذلك منعه من التزويج بأن يقول له لا تصلح لك؛ لأن الدين النصيحة، وقيل: يجوز ذلك إذا سأل لجواز الغيبة في النصيحة وقيل: يندب البيان. وافهم قوله: (ما لا رد به) أن ما يرد به يجب عليه بيانه[1].

• ص:

ومنع الأجذم[2] والأبرص وطء إمائه.

• ش:

يعني: أن الإنسان الأجذم أو الأبرص الذي تفاحش جذامه أو برصه يمنع من وطء إمائه؛ لأن ذلك يضر بهن والزوجة أولى بالمنع من الأمة لأن تصرفه في الأمة أشد من تصرفه في الزوجة فإن فعل ذلك حرم عليه[3] فيما بينه وبين الله تعالى.

• ص:

وللحرة أصالة رد العتيق الغار.

• ش:

يعني: أن الحرة بالأصالة وهي التي لم يتقدم عليها رق لأحد[4] إذا تزوجها عتيق وغرها بأنه حرا أصالة فإن لها رده كما إذا انسب نفسه فخذا أو قبيلة من العرب فتزوجته؛ لانتسابه إليهم فوجدته عتيقا لهم فلها رده؛ لأنه بانتسابه إليهم كأنه اشترط ذلك؛ فلذا ثبت لها رده فلا ينافي هذا ما تقدم من أن المعتق وغير الشريف والأقل جاها كفؤ لان ذاك ليس فيه شرط بخلاف ما هنا وما ذكره «المص» هو بمعنى قول الأصل وللعربية رد المولى المنتسب فمراد الأصل بالعربية الحرة أصالة

(١) جاء على هامش المخطوط: فرع: لو وجدها ابنة زنا فلا رد له ما لم يشترط فليردها فإن ردها فلا صداق لها إن لم يكن بني بها وإما إن بنى بها فعليه صداقها ويرجع به على من غره فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار وردت ما بقي. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (منع الأجذم... إلخ) المراد بالمنع: الحيلولة بينه وبينها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حرم عليه... إلخ) واستظهر بعضهم أن الزوجة إذا منعت نفسها منه لخوف العدوى لا نفقة لها. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (رق لأحد) أي: فتشمل الفارسية. اهـ.

لا من تتكلم باللغة العربية[١].

والمولى: هو العتيق. والمنتسب: هو الذي ينسب نفسه إلى قبيلة أحرار ثم شبه في الرد قوله:

● **ص:**

كمن انتسب لأعلى.

● **ش:**

يعني: أن الرجل الحر إذا انتسب إلى قبيلة أعلى من قبيلته بأن قال حين الخطبة: أنا من القبيلة الفلانية فوجد من قبيلة أدنى[٢] منها فإن للزوجة رده على المعول عليه خلافا لما في الأصل.

وإما القرشية تتزوج رجلا على أنه قرشي فتجده عربيا غير قرشي فلها رده حتى على ما في الأصل؛ لأن قرشيا بالنسبة لغيرهم من العرب كالعرب بالنسبة للموالي.

ولما أنهى الكلام على السببين الأولين للخيار وهما العيب والغرور شرع في السبب الثالث وهو العتق وأخره عنهما؛ لضعف سبب الفرقة فيه؛ لأنه الخيار فيهما لكل من الزوجين وفي هذا الزوجة فقط فقال:

● **ص:**

ولمن كمل عتقها[٣] وإن في عدة رجعي فراق غير الحر وهو طلقة بائنة.

● **ش:**

قوله: (ولمن كمل عتقها) عطف على قوله (وللحرة) أصالة يعني: أن الأمة إذا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (باللغة العربية) أي: بالعربية فقط. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أدنى... إلخ) بخلاف ما لو وجد من قبيلة أعلى أو مساوية فليس لها الرد. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولمن كمل عتقها) أي: في مرة أو مرات بأن أعتق السيد شيعها إن كانت كاملة الرق أو باقيها إن كانت مبعضة أو معتقة بأداء كتابتها أو كانت مدبرة وعتق من ثلث ماله أو أم ولد عتق من رأس ماله واحترز بقوله كمل عتقها ما إذا حصل لها شائبة حرية بتدبير أو عتق بعض أو ايلاد من يد كما لو خاب الزوج واعتبرها السيد من ماء الزوج وركب الخطوة ووطنها فولدت فلا يحصل لها الخيار بمجرد ذلك بل بعد الأجل أو موت السيد. اهـ.

كانت تحت غير الحر هو الرقيق ولو ذا شائبة وكمل عتقها في مرة أو مرات وهي تحته أو في عدة طلاقه الرجعي فإنها تخير بين البقاء معه وبين فراقه فيحال بينهما حتى تختار[1] البقاء أو الفراق وإذا اختارت الفراق ففراقها طلقة بائنة كما قال: (وهو) أي: فارقها طلقة بائنة لا أكثر من طلقة سواء بينت أو أبهمت بأن قالت: طلقت نفسي أو اخترت نفسي.

واحترز بقوله: (كمل عتقها) عنها إذا سارت ذات شائبة فإنه لا خيار لها واحترز عن غير الحر من الحر فإنها إذا كمل عتقها تحته فلا خيار لها؛ لأن علة التخيير نقص زوجها عنها.

وقال العراقيون: تخير تحت الحر أيضا؛ لأن العلة عندهم جبرها أولا على النكاح.

وقوله: (وهو طلقة) أحسن من قول الأصل بطلقة بائنة؛ لأنه يوهم أنه من تممة تصوير نطقها وليس كذلك وإنما كانت الطلقة بائنة؛ لأنها لو كانت رجعية لم يكن للاختيار فائدة؛ لأنه قد يراجعها فإن أوقعت أكثر من طلقة فله رد الزائد على الراجح. وقيل: لها أن توقع طلقتين.

وقوله: (وإن في عدة رجعي) مبالغة في خيارها فأولى لها الخيار إذا كانت في العصمة وإنما خيرت الرجعية؛ لأنه يملك رجعتها ما دامت في العدة، فإذا اختارت فراقه طلقت عليه طلقة أخرى بائنة فتسقط رجعته.

● **ص:**

ولا شيء لها قبل البناء.

● **ش:**

يعني: أن الأمة إذا أعتقت واختارت الفراق قبل البناء فليس لها أن تأخذ شيئا من الصداق فيسقط عن الزوج[2] نصف الصداق؛ لأن الفراق جاء من قبلها فلو اختارت

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حتى تختار) هذا إذا كانت بالغة رشيدة ينظر السلطان للصغيرة بالمصلحة وكذا للسفيهة ما لم تبادر لاختيار نفسها ولو رضيت الصغيرة أو السفيهة بالإقامة معه يلزمها على قول ابن القاسم إن كان حسن نظر، ولزمها على قول أشهب مطلقًا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيسقط عن الزوج نصف الصداق) الأولى جميعه إلا أن يقال =

المقام معه لم يسقط؛ لأنه مال من أموالها فيتبعها إذا أعتقت إلا أن يكون السيد[1] أخذه أو اشترطه قبل العتق كما في «خ» هذا حكم الصداق قبل البناء وأما بعده فأشار له بقوله:

• ص:

وبعده كمالها.

• ش:

يعني: أن الأمة إذا اختارت نفسها بعد كمال عتقها بعد البناء فإن الصداق حينئذ مال من جملة أموالها فهو لها فتستحقه من الزوج ولا ينتزعه السيد إن لم يشترط لنفسه.

فإن اشترطه لنفسه بعد أن ملكته بالدخول قبل أن تعتق فإنه يكون له وأولى لو كان أخذه السيد من الزوج قبل العتق فإنه يكون له.

• ص:

وسقط بالتمكين وإن ناسية كجاهلة الحكم[2]. لا العتق فلها حينئذ قبل البناء الأكثر من المسمى وصداق المثل لو جهل أيضاً.

• ش:

الضمير في (سقط) عائد على الخيار المفهوم من قوله: (ولمن كمل... إلخ) فإن اللام فيه للتخيير والباء في قوله (بالتمكين) سببية. يعني: أنها إذا أمكنت زوجها

= مراده سقوط النصف الذي كانت تستحقه بالفراق قبل البناء فيلزم سقوط الجميع لا اختيارها. ابن الحاجب: فإن اختارت قبل فلا صداق. يعني: أنها لا يكون لها نصفه وفي المدونة: وإن اختارت قبل البناء فلا مهر لها. اهـ. لأن الفراق جاء من قبلها. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا أن يكون السيد أخذه... إلخ) والغرض أنها رضيت بالمقام معه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كجاهلة الحكم) يعني: أن الأمة إذا علمت بعتقها وأسقطت أو مكنت زوجها فإنه يسقط خيارها ولا قيام لها بعد ذلك ولو كانت تجهل الحكم بأن لم تدر هل الجارية التي تم عتقها يثبت لها الخيار أم لا. وكذا لو جهلت أن التمكين يسقط خيارها وهذا الإطلاق هو الذي شهروه خلافًا لابن القطان حيث قال: إنما اسقط مالك خيارها حيث اشتهر الحكم ولم يخف على أمة وأما إذا أمكن جهلها فلا. اهـ.

من نفسها بجماع أو مقدماته بعد علمها بالعتق فإنها يسقط خيارها وتبقى معه على الزوجية سواء فعل بعد التمكين أو لم يفعل بأن مكنته من الجماع مثلا فلم يجامع بشرط أن يكون التمكين طوعا ويدخل في التمكين تلذذها بالزوج بعد العلم فيسقط خيارها. فمتى مكنته طائعة فمتى أو تلذذت به بعد العلم سقط خيارها، ولو كانت ناسية للعتق أو ناسية لخيارها فيه.

وكذا يسقط خيارها إذا مكنته جاهلة للحكم بأن لها الخيار أو بأن تمكينها طائعة مسقط لخيارها كما أشار لذلك بقوله: (كجاهلة الحكم) أي: أنها إذا أمكنته طائعة سقط خيارها ولو قالت: كنت أجهل أن لي الخيار أو أن التمكين مسقط لخياري. ولا تعذر بالجهل في ذلك.

وأشار بقوله: (لا العتق) إلى أنها إذا جهلت العتق ومكنت من نفسها فإن ذلك لا يسقط خيارها، وهي باقية على خيارها لعذرها بعدم علمها بعتقها وينبغي أن يعاقب الزوج إن وطئها عالما بالعتق والحكم كوطئه المملكة[1] والمخيرة وذات الشرط قبل أن تختار ولو ادعى عليها العلم وخالفته[2] لكان القول قولها بغير يمين كما في الجواهر.

وأشار بقوله: (فلها حينئذ الأكثر... إلخ) إلى أنه إذا كان عتقها قبل البناء ومكنته من نفسها جاهلة بالعتق فدخل بها فإنه يكون لها الأكثر[3] من المسمى وصداق المثل بدخوله بها بعد عتقها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كوطئه المملكة) تشبيه في أنه يعاقب؛ أي: قبل علمها بالتخيير أو التمليك وقبل علم ذات الشرط بزوجها مثلا كأن قال لها: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك فتزوج عليها ثم وطئها قبل علمها بالزواج. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وخالفته... إلخ) بأن تصادقا على المسيس والطوع واختلفا في علمها بالعتق فالقول قولها فإن أتفق عليها الإصابة وخالفته فإن أنكرت الخلوة فالقول قولها مع يمينها. وإن اعترفت بها فالقول قوله مع يمينه وإن تصادق على المسيس وادعى الطوع وادعت الاكراه. فالقول قوله مع يمينه وأما لو نسيت العتق فلا تعذر بذلك. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يكون لها الأكثر... إلخ) هذا إذا كان نكاحه صحيحا أو مهر المثل فاسدا لعقده فإن كان فاسدا لصداقه وجب لها بالدخول مهر المثل كما قاله الخطاب. اهـ.

ولو جهل هو أيضا عتقها بأن دخل عليها غير عالم بالعتق.

وبعبارة: إذا كمل عتق الأمة تحت العبد قبل البناء بها ولم تعلم هي بعتقها حتى وطئها العبد ثم علمت بذلك فإنه يلزمه لها حينئذ الأكثر من المسمي وصداق المثل على أنها حرة اختارت الفراق أو البقاء، علم الزوج بعتقها أم لا.

وإنما كانت لها أكثر الأمرين؛ لأنه إن كان المسمى أكثر فقد رضي به على أنها أمة فرضاه به على أنها حرة أحرى، وإن كان صداق مثلها أكثر فقد وجب لها بالمسيس لأنه قيمة بضعها وإنما قدر لها صداق المثل على أنها حرة لا على أنها أمة؛ لأنها إنما وطئت وهي حرة.

فقوله: (حينئذ) أي حين مكنته جاهلة بالعتق الواقع قبل البناء وفهم من سقوط الخيار بالتمكين أنه بالأولى يسقط بصريح القول كإسقاط خياري أو اخترت زوجي.

ومفهوم قوله: (قبل البناء) أنها إذا أعتقت بعد البناء فليس لها إلا المسمى فقط؛ لأنها استحقته بالمسيس.

● ص:

ولها إن أوقفها[1] تأخير بالنظر وأخرت الحائض للنقاء.

● ش:

يعني: أن الأمة إذا كمل عتقها تحت العبد فأوقفها زوجها عند حاكم بحضرة عتقها وقال لها: إما أن تختاري البقاء أو الفراق. فطلبت التأخير حتى تنظر في أمرها فإنها تجاب لذلك وتأخر بالنظر من الحاكم أي بالاجتهاد منه حتى تتروى في أمرها ولا تستعجل في الحضرة.

وقال المازري: يحد التأخير بثلاثة أيام وهو ضعيف ولا نفقة لها في مدة التأخير؛ لأن المنع منها فإن لم توقف عند الحاكم بأن غفل عنها أو غاب زوجها صدقت أنها ما رضيت بالمقام ولو بعد سنة إذا لم تمكنه طائعة كما يأتي.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن أوقفها تأخير... إلخ) فلو عتق العبد في زمن الإيقاف بطل خيارها ورجعت زوجة وليس ذلك كما لو عتق العبد في زمن تأخرها اختيار الطلاق لأجل الحيض. اهـ.

وأشار بقوله: (وأخرت الحائض للنقاء) إلى أن الأمة إذا كمل عتقها تحت العبد في حال حيضها فإنها تؤخر للنقاء من الحيض ليكون الطلاق في الطهر إذا اختارت الفراق فإذا طلبت الفراق في زمن الحيض جبرت على التأخير حتى تطهر فإذا عتق العبد قبل فراغ حيضها لم يسقط خيارها كما يأتي لجبرها شرعا على التأخير فإن اختارت فراقه في الحيض لزم الطلاق ولا يجبر الزوج[1] على الرجعة؛ لأنها طلقة بائنة.

● ص:

وسقط بعتقه وإن زمن الإيقاف لا الحيض.

● ش:

فاعل (سقط) ضمير يعود على (الخيار) يعني: أن الأمة إذا عتق زوجها بعد عتقها وقبل اختيارها فانه يسقط خيارها[2] لزوال سببه هو رق الزوج ولو كان عتقه زمن الإيقاف المتقدم لا إذا عتق في زمن الحيض، فلا يسقط خيارها؛ لأنها مجبورة على انتظار الطهر شرعا، وأما زمن النظر فهو موكول لاختيارها فلذا يسقط اختيارها إن عتق فيه.

● ص:

ويقبض السيد صداقها قبل البناء وهو عديم.

● ش:

عطف على (بعتقه) أي وسقط خيارها أيضا بقبض السيد صداقها قبل البناء، والحال أن السيد معدوم وإنما سقط خيارها بما ذكر؛ لأنها لو فارقت رجع الزوج بالصداق على السيد فتباع فيه ويبطل العتق والخيار فأدى خيارها لعدمه فينبغي ابتدائا.

وبعبارة: إذا قبض السيد صداق أمته من العبد قبل البناء ثم اعتقها قبل البناء

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يجبر الزوج على الرجعة) أي: على رجوعها وإعادتها وظاهره أن الرجعة ممكنة إلا أنه لا يجبر عليها مع أنها غير ممكنة لوجود الطلاق البائن. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلا يسقط خيارها) أي: على المشهور ومقابله ما صوبه اللخمي من سقوطه. اهـ.

وكان السيد عديما[1] يوم العتق فانه يسقط خيارها بقبض الصداق وتبقى زوجة تحت العبد؛ لأن السيد لما قبض صداقها وهو عديم صار دينا عليه فلو مكنت من الخيار واختارت نفسها وقع الفراق ووجب الرجوع على السيد ولا مال له سواها وعليه دين سابق على العتق وهو الصداق.

والدين مانع من العتق فيجب بيعها في دينه فصار خيارها يؤدي إلى نفي العتق موجب لخيارها وما أدى ثبوته إلى نفيه اتقى من أول الأمر؛ لئلا يجتمع النقيضان، وهذا هو الدور الحكمي المذكور في موانع الإرث.

وأما لو قبض صداقها بعد البناء واعتقها، فلا يسقط خيارها؛ لأن الصداق وجب لها بالدخول فلا شيء فيه للزوج.

تنبيه:

بقي من مسقطات الخيار ما إذا طلقها[2] بائنا قبل أن تختار فإذا أعتقت تحت العبد فطلقها بائنا فإنه يسقط خيارها لفوات محله بفوات محل الطلاق وهو العصمة. وأما الرجعي فلا يسقط خيارها كما مر.

● ص:

وإن نكحت تفويضا ثم فرض لها بعد العتق فلها المهر ولو شرطه السيد.

● ش:

يعني: أن الأمة إذا نجحها الزوج نكاح تفويض ثم أعتقها السيد ثم بعد العتق

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وكان السيد عديما... إلخ) ومثله لو كان مليا وقت العتق إلا أنه صار معدما وقت اختيار الزوجة أفاده العدوي. ابن عرفة: إن كان معسرا يوم عتقها واستمر عدمه لوقت القيام عليه؛ أي: وأما إن كان مليا يوم العتق ثم أعسر بعد فلها الخيار ويتبع الزوج السيد في ذمته؛ لأن الصداق لدين طرأ على العتق فلا يبطله. انظر «بن». اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ما إذا طلقها بائنًا... إلخ) أي: أن الأمة إذا كمل عتقها تحت العبد فلم تختر حتى أبانها فلا خير لها ولو كان تأخرها الاختيار بحيض فقولهم إلا لتأخير حيض محله حيث لم يبنها قبل ذلك. واعلم أنه إذا أبانها قبل اختيارها نفسها وكان ذلك قبل الدخول فلها نصف الصداق ولا يدخل هذا تحت قوله وسقط صداقها قبل البناء؛ لأن ذلك فيما إذا اختارت فراقه قبل طلاقها. اهـ.

فرض لها الزوج صداقها ورضيت بالمقام معه وذلك قبل البناء فإن المهر الذي فرضه الزوج لها لا لسيدها ولو اشترطه لنفسه؛ لأنه مال تجدد لها بعد العتق والسيد إنما له انتزاع ما ملكته قبل العتق وهذا إنما ملك لها بعد العتق؛ ولهذا لو مات الزوج أو طلق قبل أن يفرض لها لم يكن لها شيء من الصداق وأما لو بنى[1] بها فلها صداق المثل ولا لم يكن لها شيء من الصداق وأما لو بنى بها فلها صداق المثل ولا يأخذه السيد إلا إذا اشترطه لنفسه قبل العتق كما تقدم.

● **ص:**

وصدقت[2] إن لم تمكنه، أنها ما رضيت ولو بعد سنة.

● **ش:**

يعنى أن الأمة إذا عتقت تحت العبد ولم تبادر بالفراق بل سكتت مدة ثم أرادت الفراق فقال لها العبد: أنت رضيت بالمقام معي بسبب سكوتك هذه المدة. فقالت: لم ارض بالمقام معك، وإنما كنت أتروى في أمري.

فإنها تصدق بلا يمين[3] في أنها ما رضيت بالبقاء وإنما كانت تتروى إن لم تمكنه من نفسها وتبقى على خيارها ولو بعد سنة حيث غفل عنها هذه المدة أو أوقفها الحاكم هذه المدة جهلا منه، فإن مكنته من نفسها طائعة بعد العلم سقط خيارها كما مر.

ونقل ابن عبد السلام: سقوط خيارها لطول المدة.

فقوله: (ولو بعد سنة) مبالغة في تصديقها، وبقى أخبارها. أي: أنها تصدق ولو كان نزاعها مع الزوج بعد سنة من عتقها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأما لو بنى... إلخ) أي: وأما لو بني الزوج بها ونجز السيد عتقها فالصداق للسيد إن اشترطه وقع الفرض قبل العتق أو بعده. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وصدقت... إلخ) صورتها أن السيد إذا نجز عتق أمته وهي تحت عبد فسكت مدة من غير اختيار والحال أنها لم تمكنه من نفسها ثم طلبت الفراق بعد ذلك وقالت: لم أرض بالمقام معه وإنما سكت لأنظر في أمري؛ فإنها تصدق في ذلك ولا يمين عليها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بلا يمين... إلخ) هذا هوالمعتمد ومقابله أن الخيار لا يسقط ولكن تحلف. اهـ.

● ص:

ولو فارقت[١] وتزوجت ثم تبين مسقط الخيار فكذات الوليين.

● ش:

يعني: أن الأمة إذا أعتقت تحت العبد ففارقته واعتدت وتزوجت غيره ثم بعد تزوجها تبين أن هناك مسقط لخيارها بأن عتق قبلها أو قبل اختيارها الفراق.

فالحكم فيها: أنها تكون كذات الوليين يتزوجها كل من رجلين فتفوت على الأول وهو العبد.

هذا إن تلذذ بها الثاني غير عالم بمسقط خيارها إن لم تكن في عدة وفاة من الأول، فإن لم يتلذذ بها الثاني أصلا أو تلذذ عالما أو غير عالم وهي في عدة وفاة الأول فهي للأول.

وفائدة كونها للأول فيما إذا تبين أنها في عدة وفاة منه فسخ نكاح الثاني وإرثها للأول إن عتقت قبل موته.

ثم شرع يذكر مسألة ذكرها الأصل في فصل الرجعة فقال:

● ص:

وبطل اختيار على تقدير العتق بخلاف ذات الشرط[٢].

● ش:

إي وبطل اختيار الأمة نفسها أو زوجها قبل العتق على تقدير عتقها يعني: أن الأمة المتزوجة بعبد إذا اختارت نفسها أو زوجها على تقدير عتقها بأن قالت: إن عتقت فقد اخترت نفسي، أو اخترت زوجي؛ فإن اختيارها باطل لا يلزمها ولو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو فارقت... إلخ) يعني: أن الأمة إذا عتقت تحت العبد واختارت الفراق وتزوجت بغيره، ثم ثبت بالبينة أن زوجها عتق قبل اختيارها نفسها ولم تكن قد علمت بذلك حتى دخل بها الزوج الثاني أو تلذذ بها فإنها تفوت على الأول بذلك حيث لم يكن عنده علم كذات الوليين. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بخلاف ذات الشرط... إلخ) وحاصل الفرق بين المسألتين أن اختيار الأمة قبل العتق فعل للشيء قبل وجوبه لها بالشرع. وأما ذات الشرط فاختيارها لما اختارته فعل للشيء بعد وجوبه لها بالتمليك. اهـ.

أشهدت على ذلك.

ولها اختيار خلافه إن عتقت وهذا بخلاف الزوجة ذات الشرط وهي التي شرط لها الزوج عند العقد أن أمرها بيدها إن تزوج عليها أو تسري أو إخراجها من بلدها أو من بيت أبيها تقول قبل حصول ما ذكر إن فعله زوجي فقد فارقته فإنه يمضي فراقها وليس لها الانتقال إلى غيره والفرق أن الأمة أسقطت بالاختيار شيئا قبل وجوبه وهو خيارها؛ لأنه لا يجب لها شرعا إلا بالعتق.

وأما ذات الشرط فإن الزوج أقامها في مقامه في تمليكه إياها ما يملكه وهو يلزمه ما إلتزمه نحو إن دخلت الدار فأنت طالق فكذلك هي.

وبعبارة: الفرق بينهما أن خيار الأمة إنما يجب بعتقها فاختيارها قبله ساقط كالشفعة في إسقاطها قبل الشراء.

وذات الشرط جعل لها الزوج ما كان له أيقاعه معلقا على أمر فكذلك الزوجة.

ولما سأل ابن الماجشون[1] مالكا عن الفرق بين المسألتين قال له: إتعرف دار قدامه[2] وهي دار بالمدينة يلعب فيها بالحمام. قال ابن عرفة: من انصف عرف أن ابن الماجشون سال عن أمر يخفي وقد يقال للأستاذ تربية تلميذه باجتهاده وقد يكون ذلك لسبب آخر عنده. أفاده «حش» والله أعلم.

❊❊❊

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولما سأل ابن الماجشون... إلخ) أي: سال الإمام رضي الله عنه عن الفرق بين الحرة ذات الشرط والأمة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دار قدامة... إلخ) هي دار أبي قدامة. اهـ.

[وصل في بيان أحكام الصداق]

ثم شرع في الكلام على آخر الأركان وهو الصداق وآخره لطول الكلام عليه فقال:

● ص:

وصل.

● ش:

في بيان أحكام الصداق، وهو بفتح الصاد وقد تكسر وهو ما يعطي للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها ويسمي مهرا وطولا ونحلة والاتفاق على إسقاطه مفسد وهو مأخوذ من الصدق ضد الكذب؛ لأن دخوله بينهما دليل على صدقها أو لأنه يشهد على صدق الزوجين في دعوى النكاح وقيل: سمي بذلك؛ لأنه يجلب الصدقة والمودة بينهما.

ولما كان يشترط فيه شروط الثمن في الجملة من كونه متمولا طاهرا منفع بهم مقدورا على تسليمه معلوما كما يأتي أشار إلى ذلك بقوله:

● ص:

الصداق كالثمن[1].

● ش:

يعني: أن الصداق يشترط فيه ما يشترط في الثمن إثباتا ونفيا فيشترط فيه أن يكون طاهرا، منتفعا به، مقدورا على تسليمه، معلوما لا خمر أو خنزير، ولو كانت الزوجة ذمية ولا أبقا ولا ثمرة يعد صلاحها على التبعية ولا يلزم أن يعطي المشبه حكم المشبه به من كل وجه.

فقوله: (كالثمن) أي في جملة فليس التشبيه كليا لتخالفها في بعض الأحكام إذ يفتقر هنا يسير بجهل كالنكاح على الشورة أو على عدد من رقيق أو على تأجيله

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الصداق كالثمن) أي: الصداق في مقابلة البضع كالثمن في مقابلة السلعة فيشترط فيه ما يشترط في الثمن اثباتا ونفيا. اهـ.

إلى الميسرة.

وأيضا يجوز أدني من ربع دينار ثمنا لا صداقا وإذا سقط ذكر سكة الدنانير أو الدراهم أعطيت السكة الغالبة يوم النكاح.

فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية كمتزوج برقيق لم يذكر حمرانا[١] ولا سوادنا وإن أوقع ذلك في البيع فسد إن لم يكن غالب.

ثم فرع على ما سبق كما فعل ابن الحاجب فقال:

● ص:

فيجوز على عبد يوصف أو تختاره.

● ش:

أي: إذا عرفت أن الصداق كالثمن فيجوز النكاح على عبد أو ثوب أو بعير غائب موصوف يجعله لها صداقا، كما يجوز ذلك في البيع فإن لم يوصف فسد النكاح للزوج حاضرة معلومة.

وكذا يجوز النكاح على جعل الصداق عبدا من عبيد مملوكة والمراد بالعبد ما يشمل الذكر والأنثى والواحد والمتعدد بشرط أن تختاره هي لدخول الزوج على إنها تختار الأحسن حينئذ فينتفي الغرر.

وأما إذا اشترط أن الزوج هو الذي يختاره فلا يجوز لحصول الغرر ويمكن أن يقال: إذا جعل الاختيار للزوج فهي حينئذ داخلة على الأدنى؛ لأن الزوج لا يختارها إلا هو، فينتفي الغرر كالأول وهو ما إذا جعل الخيار لها ويجاب بأن الشأن جود الرجل فترجو المرأة جوده وأنه يختار لها الأعلى فلم يكن عندها جزم بالأدنى ولا بالأعلى فالغرر حاصل.

قال بعضهم: محل الجواز على اختيارها هي فقط إذا أقل العدد بأن كان ثلاثة فاقل فإن كثر المختار منه جاز باختيار كل منها وسحنون جوز المسالتين أي على اختيارها هي أو هو.

والحاصل: أنه يجوز النكاح على عبد حاضر غير موصوف من عبيد مملوكة

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حمرانا) أراد به بالحمر ما يشمل الحبش والسودان كذلك. اهـ.

للزوج حاضرة بشرط أن تختاره هي لا هو.

فإن كان غائبا فلا يجوز حتى يصفه وألا فسد النكاح، فعلم مما قررناه أن جملة يوصف لها وقوله أو تختاره أو فيه عاطفة لمحذوف على المحذوف السابق أي أو حاضر غير موصوف تختاره هي فيصير نظم كلامه هكذا:

فيجوز على عبد غائب يوصف أو على حاضر غير موصوف تختاره.

● ص:

وضمنته بالعقد والفاسد بالقبض.

● ش:

يعني أن الزوجة تضمن الصداق بمجرد عقد النكاح إن كان النكاح صحيحا فإذا ضاع أو تلف فضمانه منها، وإن كان النكاح فاسدا فلا تضمن الصداق إلا بالقبض سواء كان فاسده لصداقه أو لعقده وأثر خللا في الصداق، وهذا الإطلاق رجحه الشيخ العدوي أخره اتباعا للقاني.

وهناك طريقة أخرى تقول: أن الفاسد الذي لا خلل في صداقه يضمن بالعقد كالصحيح.

والحاصل: أن ضمان الصداق كضمان البيع وسيأتي في البيع أن الصحيح يضمن فيه بالعقد والفاسد بالقبض.

وقوله: (وضمته) أي الصداق الذي لا يغاب عليه. وكذا ما يغاب عليه إن قامت على هلاكه بينة فإذا أتلف ما ذكر بيد الزوج ضمنه الزوج بمجرد عقد النكاح الصحيح فيضيع عليها إن لم يحصل طلاق قبل الدخول وإلا فسيأتي.

وقوله: (والفاسد بالقبض) أفاد به أن الصداق في الفاسد ضمانه ممن هو بيده من زوج أو زوجة فإن مضى الفاسد بكدخول أو طول فكالصحيح.

● ص:

وظهور عيبه أو استحقاقه يوجب لها الخيار في رده والرجوع بقيمة العين المقوم ومثل غيره والتمسك بما بقى والرجوع بعوض غيره في الرقيق مطلقا والعقار إن استحق ما ضر بها.

● ش:

الضمير في (عيبه واستحقاقه ورده) للصداق.

وقوله: (يوجب). أي: ما ذكر من العيب أو الاستحقاق.

وقوله: (ومثل غيره) عطف على قيمة المعين.

والضمير في (غيره) للمعين المقوم، وغيره هو المثلي، والمقوم لموصوف؛ أي: يوجب لها الرجوع بقيمة المعين المقوم وبمثل غيره هو مثلي[1] أو مقوم موصوف ورجوعها بقيمة المعين مما يخالف فيه النكاح للبيع فإنه في البيع إذا استحق العين ينفسخ البيع ويرجع فيه بعين ما خرج من اليد.

فإذا بيعت سلعة بأخرى فاستحقت إحداهما أو ردت بعيب ولم تفت الأخرى فإن البيع يفسخ ويرجع صاحب السلعة الباقية أو السليمة يعني سلعته.

قوله: (والتمسك) عطف على (رده) أي يوجب لها الخيار في (رده) في التمسك بما بقي.

وقوله: (والرجوع بعوض غيره) معطوف على التمسك، والضمير في (غيره) عائد على ما بقي، وغير ما بقي هو المستحق أو المعيب.

وقوله: (في الرقيق مطلقا) أي كثير أو قليلا ولو عبدين من ثلاثة فله التمسك بالواحد ويرجع بعوض الاثنين.

وهذا يخالف فيه البيع أيضا؛ لأنه يحرم التمسك بالأقل في البيع إذا استحق أكثره.

و(العقار) عطف على (الرقيق) وما يضره بالمرأة في العقار هو الثلث مطلقا، ودونه في دار السكن؛ لا القلة، فإن دون الثلث فيها غير مضر.

والمعنى: أن الرجل إذا صدق المرأة شيئا معينا مقوما أوموصوفا أو مثليا من مكيل أو موزن أو معدود ثم ظهر به عيب قديم أو استحق من يدها بعد العقد فإن ظهور عيبه أو استحقاقه يوجب للمرأة الخيار في الرد والتماسك بما بقي إن كان قد

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (هو المثلي... إلخ) اعلم المثلي هو ما حضره كثير أو وزن أو عدد. اهـ.

بقي منه شيء بعد الاستحقاق أو العيب.

فإذا اختارت رد الباقي منه بعد الاستحقاق أو العيب فإنها ترجع على الزوج بقيمة المقوم المعين كثوب أو عبد أو دار إن أصدقها مقوما معينا.

المقوم وبمثل غير المقوم المعين من مثلي أو موصوف إن أصدقها مقوما معينا وبمثل بعد العيب أو ما بقي بعد الاستحقاق؛ فإنها تتمسك بما بقي مما ذكر، وترجع بعوض غيره أي غير ما بقي.

والعوض: هو القيمة في المقوم المعين والمثل في المثلي والمقوم الموصوف وهذا التخيير ما بت لها في الرقيق ونحوها كالثياب مطلقا ولو استحق أو تعيب الأكثر كعبدين أو ثوبين من ثلاثة.

وأما في العقار فلا تخير في الرد والتمسك بالباقي والرجوع بعوض غيره إلا إذا استحق منه أو تعيب ما يضره بالمرأة وهو الكثير كالثلث أو دونه في دار السكنى لا الدر المتخذة للغلة.

أما إذا استحق أو تعيب من العقار الشيء التافه الذي لا ضرر فيه فإنه لا خيار لها، بل يستوي النكاح والبيع فيلزمها التمسك بالباقي بحصته من الثمن وترجع بثمن ما استحقه أو تعيب.

وقولي فيما سبق: إن كان قد بقي منه شيء بعد الاستحقاق أو العيب؛ احترازا مما إذا استحق كله فإنه لا خيار لها؛ بل يتعين الرجوع بقيمة المقوم المعين ومثل المثلي والمقوم الموصوف.

ومما إذا تعيب كله فإنه يجب لها الخيار في التمسك به ورده وترجع بقيمة المقوم المعين وبمثل المثلي والموصوف، فعلم مما تقرر أن كلام «المص» في استحقاق البعض وتعيب البعض.

وعلم مما سبق أيضا أن النكاح يخالف البيع في بعض الأحكام؛ فلذا لم يسلك «المص» في هذا المبحث مسلك الأصل في قوله: وضمانه وتلفه واستحقاقه وتعيبه كالبيع.

● ص:

وإن وقع بخل فإذا هو خمر فمثله وعكسه ثبت أن رضيا به بخلاف منكوحة العدة يتبين انقضاؤه فيلزم جبرا.

● ش:

هذا مما تخالف فيه البيع والنكاح بأنه لو وقع ذلك في البيع لفسخ.

يعني: أنه إذا وقع النكاح بقلة خل معينة ففتحت فإذا هي خمر فللزوجة مثل الخل الذي وقع عليه العقد لا قيمته.

والنكاح ثابت كمن تزوجت بمهر فوجدت به عيبا فمثله إن وجد وإلا فقيمته. وأما عكسه وهو أما إذا تزوجها بقلة خمر فإذا هي خل فإنه يثبت النكاح أن رضيا بالخل بخلاف من نكح امرأة على أنها في العدة فظهر انقضاؤها فإنه يلزم النكاح جبرا عليها، ولا خيار لواحد فيها.

والفرق بين المسألتين اتحاد العيني في هذه أي اتحاد ذات المرأة وغايته أنه ظن تعلق حق الله تعالى بها فبان خلافه فلما كان العقد على ذات حقيقتها واحدة قوي العقد ولزم جبرا ولا يضر ظن العارض الذي تبين عدمه. وأما الأولي فالحقيقة مختلفة فإن حقيقة الخل تباين حقيقة الخمر. فمن حج المرأة إن كرهت أن تقول: لم اشتر منك خلا. وهو إن كره يقول: لم أبعك خلا. ففرق بين العقد على ما يعتقد أنه حرام لعينه وما يعتقد أنه حرام لأمر عارض له.

ثم ذكر أيضًا وهو كالمستثنى من قوله الصداق كالثمن فقال:

● ص:

وجاز بشورة.

● ش:

(الشورة) بفتح الشين وضمها جهاز المرأة وقيل: بالضم الجمال والجمع على الضم شور كغرفة وغرف، وعلى الفتح شور بكسر السين وفتح الواو يعني أنه يجوز النكاح على جهاز معلوم عندهم يجعله صداقا لها.

وبعبارة: يجوز النكاح على شورة بيت إن كان معروفا عندهم كما في المدونة

وهذا أو ما بعده إنما يجوز في النكاح لبنائه على المكارمة بخلاف البيع فلا يجوز أن يكون شيء من هذه المذكورات ثمنًا في وأوسع من باب النكاح في الغرر باب الرهن إذ يجوز فيه رهن العبد الآبق ولا يجوز رهن الجنين.

وأوسع من باب الرهن في الغرر باب الخلع وباب الهبة إذ يجوز هبة الجنين والمخالفة عليه.

● ص:

وعدد من كإبل.

● ش:

عطف على (شورة) وأدخل بالكاف البقر والغنم والخيل والرقيق ونحو ذلك يعني: أنه يجوز النكاح على عدد معلوم من إبل أو بقر أو غنم أو خيل أو رقيق ولو في الذمة غير موصوف بخلاف النكاح على عدد شجر فلا يجوز إلا إذا عين.

وبعبارة: لا يجوز النكاح على عدد الشجر في الذمة ولو وصف والفرق بين الماشية والشجر أن الشجر في الذمة يقتضي وصفه نصا أو عرفا ووصفه يستدعي وصف مكانه فيؤدي إلى السلم في معين كما ذكروه في منع الصداق على بيت يبنيه لأنه يؤدي إلى وصف البناء والموضع كما أشار إليه الناصر اللقاني والمعتمد أنه إذا عين الشجر كما في «دك» جاز.

● ص:

وصداق مثل.

● ش:

عطف على (شورة) أي أنه يجوز النكاح على أن يصدقها صداق أمثالها واعتقاد هذا الغرر مما يخالف فيه النكاح للبيع؛ لأنه لا يجوز بيع السلعة بثمن مثلها أيضا كما في «الش».

● ص:

ولزم الوسط والغالب وإلا فمن كل بالنسبة.

● ش:

هذا راجع للشورى وما بعدها إذا وقع نكاح على شورة أو عدد معلوم من كإبل أو

على صداق مثل فإن لها الوسط من الشورى ونحو الإبل وصداق المثل وتعطى الغالب من الوسط إن كان هناك وسط فإن لم يكن وسط فالغالب في هذه الأمور تأخذه.

فقوله: (الغالب) أي: الغالب من الوسط أو إن لم يكن وسط فالغالب فإن كانت حضرية فلها الوسط أو الغالب من جهاز مثلها في الحضر وإن كانت بدوية فالوسط أو الغالب من كإبل ورقيق من السن الذي يتناكح به الناس ولها الوسط والغالب من صداق مثل يرغب به مثله في مثلها باعتبار الأوصاف التي تعتبرفي صداق المثل من جمال وحسب ونسب.

وقوله: و(إلا) مفهوم (الغالب) أي: أنه يلزم الوسط الغالب من الأصناف المتعددة كرومي وحبشي وزنجي وبخت وعراب وجاموس وبقر وضأن ومعز وإلا يكن هناك غالب بأن لم يغلب صنف على غيره فيؤخذ من وسط كل من الصنفين فأكثر بمثل نسبة واحد هو أي: لعدد الصنفين أو الأكثر.

يعني: أنه إذا لم يكن في الرقيق ونحوه صنف غالب على الأصناف فتعطى من وسط كل صنف بالنسبة لجميع الأصناف فإن كان هناك صنفان أعطيت من وسط كل صنف نصفه وإن كان ثلاثة أصناف أعطيت من وسط كل صنف ثلثه وإن كانت أربعة فمن وسط كل صنف ربعه وهكذا.

● ص:

وفي شرط بيان صنف الرقيق خلاف.

● ش:

يعني: أنه إذا تزوجها على عدد من الرقيق فهل يشترط ذكر صنفه تقليلا للغرر كبربري أو رومي أو حبشي أو زنجي أو لا يشترط ذلك؟

ولها وسط الغالب إن كان وإلا فمن كل بالنسبة كما مر في ذلك خلاف[1] وعلى

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في ذلك خلاف) أي: قولان على حد سواء. والحاصل: أنه إذا كان الرقيق الذي في البلد بربريا وحبشيا فقط واستويا فإنها تعطى من كل صنف منهما نصف الأوسط في السن وإذا كان الرقيق الذي في البلد بربريا وحبشيا ورومبا فإنها تعطى من كل صنف من الأصناف الثلاثة ثلث الوسط في السن وهكذا يقال: إذا كان الموجود أربعة أصناف. اهـ.

الأول[1] إذا لم يبين الصنف يفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

● ص:

وإن أطلق فالعبرة في لزوم الإناث أو الذكور بالعرف.

● ش:

يعني: أنه إذا تزوجها على عشرة من الرقيق مثلا وأطلق فلم يقيد بذكور ولا إناث فالعبرة في لزوم الذكور أو الإناث بالعرف فحيث جرى العرف بشيء عمل به وقول الأصل: (والإناث إن أطلق) يعني: حيث كان العرف كذلك.

● ص:

ولا عهدة.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا تزوجت برقيق فليس له على الزوج في الرقيق عهدة ثلاث ولا سنة ولو جرت بها العادة؛ لأن النكاح مبني على المكارمة.

قال «عب» تبعا لـ«عج»: ولو شرطت وارتضاه «حش».

الخَرَشِي: ورجح العلامة «بن» ما في الخَرَشِي من أن نفي العهدة عند مجرد العادة بها وأما الشرط فيعمل به[2] وأما عهدة الإسلام وهي درك المبيع من عيب أو استحقاق[3] فلا بد منها في الرقيق وغيره وهي السابقة في قوله: وظهور عيبه أو استحقاقه... إلخ.

● ص:

وجاز تأجيله لدخول إن علم وقته وإلى ميسرة المرجو.

● ش:

يعني: أنه يجوز تأجيل الصداق كله أو بعضه إلى الدخول إن علم وقته بالعادة

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وعلى الأول) أي: وهو الاشتراط وهو قول سحنون. الثاني: وهو عدم الاشتراط وهو ما في المدونة. وهو المشهور. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيعمل به) أي: لأن المؤمن عند شرطه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من عيب أو استحقاق) أي: من أجل وجود عيب أو استحقاق. اهـ.

عنـدهم كأن يكون عادتهـم التعريس في زمن النيل أو الـصيف أو الحصاد مثلا كما هو عنـد فلاحين مصر وكالربيع عند أرباب الألبـان وكالجذاذ عند أرباب الثمار فإن لم يعلم وقته فسد النكاح فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

وكذا يجوز تـأجيل الصداق إلىٰ ميسـرة الزوج المرجو اليـسار كأن يكون له سلع يرصد بها الأسواق أو يكون له استـحقاق في وقف أو وظيفة أو رزقة ونحو ذلك مما يحصل به اليـسار فإن لم يرج يساره فسخ قـبل الدخول إليه وهو صفة لمحذوف أي: إلىٰ ميسرة الزوج المرجو اليسار.

قال «حـش»: وأما تأجـيله إلىٰ وقت مـا تحب المرأة أجـذه ففيه خلاف محله إذا وقع العقد علىٰ ذلك فإن وقع علىٰ الحلول ووكل إلىٰ اختيارها بعد العقد جاز قطعا.

● ص:

ويهبة العبد لفلان أو عتقه عنها أو عنه وإن عتق عليها.

● ش:

الجار متعلق بـ(جاز) الـمتقدم أي: وجاز النكـاح علىٰ هبة العـبد الذي في ملكه لفلان أو علـىٰ الصدقـة به عليه ولا مهـر لها غيره لأنه يقـدر دخوله فـي ملكها[1] ثم صدقته أوهبته.

والظاهر أنه لا مفهوم لـ(لعبـد) بل غيره كالبعير والبقرة والـشاة كذلك وسواء كان فلان مـن أقاربها أو لا وكـذا يجوز النكـاح علىٰ أن يعتق عبـده عنها أو عنه أي: عن الـزوج وإن كان ذلك العـبد ممن يعـتق عليها بـمجرد الملك كـأبيها وأمهـا وأخيها وولدها؛ لأنه يقدر دخوله في ملكها قبل العتق فما عتق إلا وهو في ملكها.

فإن قلت: تقـدير ملكها له يوجب عـتقه عليها وعتقه عليها يـعطل تمليكها العبد للزوج قبل العتق عنه فكيف صح عتقه عن الزوج مع أنه لا يملكه؟

وحاصل السؤال: أنه لما قـدر دخوله في ملـكها عتق عليهـا بمجرد الملك و إذا

---

(١) جاء علىٰ هامـش المخطوط: قوله: (لأنه يقـدر دخوله في ملكها) أي: لأجـل أن يصح النكاح فليس فيه دخول علىٰ إسقاطه، فإن قلت: في مسألة تـزوجها بعتق أبيها عنهـا: كيف يقدر ملكها له مع أنه يعتق عليها؟ قلت: إن تقدير ملكها له فرض لا يوجب العتق حتىٰ يتعطل تملكها له. اهـ.

عتق عليها صار غير مملوك لها وإذا صار غير مملوك لها لم يصح لها أن تملكه للزوج وإذا لم يملكه الزوج كان عتقه عنه لغوا؟

ويجاب: بأن تقدير ملكها له أمر فرضي لا يوجب العتق عليها حتى يتعطل تمليكها له المقدر قبل العتق عنه فتدبر.

هذا إيضاح «الش» ثم إنه إذا أعتقه عنها كان الولاء لها وإذا اعتقه عنه كان الولاء له فإذا طلقها قبل البناء غرمت له نصف قيمته[1] في الصورتين وعتقه ماض.

ولما كان الصداق كالثمن قال:

● ص:

ووجب تسليمه إن تعين وإلا فلها منع نفسها وإن معيبة من الدخول والوطء بعده والسفر إلى أن يسلم ما حل.

● ش:

ضمير (تسليمه) للمهر[2].

وقوله: (إن تعين) شرط في وجوب التسليم، ولا فرق في المعين بين أن يكون عرضا أو حيوانا، صامتا أو غيره.

والمعنى: أنه يجب على الزوج دفع الصداق لزوجته معجلا إذا كان الصداق معينا كدار أوعبد أو ثوب بعينه سواء كان الزوج بالغا أو لا كانت الزوجة مطيقة أو لا ولا يمنع تأخيره[3] كبيع معين يتأخر قبضته وإنما منع تأخير المعين لما فيه من الغرر؛ لأنه لا يدري كيف يقبض لإمكان هلاكه قبل قبضه ويفسد النكاح إذا دخلا على تأخير المعين إلا إذا كان الأجل قريبا فيجوز.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نصف قيمته... إلخ) قال بعضهم: فإن طلقها قبل البناء رجع بنصف العبد وصار العبد مشتركا بين الزوج الموهوب له وإن فات في يد الموهوب له تبعه بنصف قيمته ولا يتبع المرأة بشيء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تسليمه للمهر) أي: ووجب تسليم المهر ومحل ذلك إذا كان الصداق حاضرا في مجلس العقد أو ما في حكمه وأما إذا كان غائبا فسيأتي حكمه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويمنع تأخيره) أي: إذا كان التأخير بشرط وإلا فلا. اهـ.

وبعبارة: يجب على الزوج تسليم الصداق معجلا إن تعين ولا يجوز العقد عليه مؤخرا(١)؛ لأنه كبيع معين يتأخر قبضه ولها تأخير المعين بعد العقد عليه حالا.

هذا كله إذا كان الصداق معينا فإن لم يكن معينا فأشار له بقوله: (وإلا فلها منع نفسها... إلخ) يعني: أنه إذا كان الصداق غير معين بأن كان مضمونا في ذمة الزوج وتنازعا في التبدئة فإن للزوجة أن تمنع نفسها من الدخول عليها ولو معيبة إلى أن يدفع لها ما حل منه بالأصالة أو بعد التأجيل وإذا دخل عليها أي: اختلى بها فلها منع نفسها من الوطء بعد الاختلاء حتى يسلمها ما حل منه وإنما كان لها المنع حتى تقبض ما حل من صداقها؛ لأنها بائعة والبائع له منع سلعته حتى يقبض ثمنها.

وقوله: (ولو معيبة)(٢) أي: بعيب لا قيام له به بأن كان قبل العقد ورضي به أو حدث بعد العقد وكذا للزوجة منع نفسها قبل الدخول من السفر معه حتى يسلم لها ما حل من صداقها.

وبعبارة: إذا أراد السفر بها فلها منع نفسها من السفر معه ولو بعد الوطء عند بعضهم إلى أن يسلم لها ما حل منه معسرا أو موسرا.

وعند ابن عبد السلام(٣): لا منع لها منه بعد الوطء.

وعند ابن يونس: إلا أن يكون موسرا. وعند غيره: إذا أراد السفر بها إلى بلد لا تجري فيه الأحكام فلها المنع.

وقوله: (إلى أن يسلم ما حل) غاية للمنع في الثلاث أعني: الدخول والوطء بعده والسفر والمراد من الدخول الاختلاء بدليل قوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مؤخرا) أي: ولو رضيت بذلك حيث كان التأخير في صلب العقد وإن لم يشترط كان تعجيله من حقها فإن رضيت بالتأخير جاز. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو معيبة) بل ليس له امتناع من دفعه ولو بلغت حد السياق. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو التمكين منه) هكذا عن ابن عبد السلام والذي ارتضاه ابن عرفة أنه لا يسقط منها إلا الوطء بالفعل. اهـ.

● ص:

لا بعد الوطء إلا أن يستحق ولو لم يغرها به.

● ش:

يعني: أن الزوجة ليس لها منع نفسها بعد الوطء أو التمكين منه ولو لم يطأها فمتى وطأها أو مكنته ولو لم يطأها لم يكن لها منع نفسها من الوطء ولا من السفر معه معسرا أو موسرا.

وإنما لم يكن لها المطالبة به كالدين إلا أن يستحق[1] الصداق من يدها بعد الوطء فلها الامتناع حتى تقبض عوضه من قيمة المقوم ومثل المثلي هذا إذا أغرها به بأن علم أنه لا يملكه بل ولو لم يغرها.

فقوله: (ولو لم يغرها) مبالغة في المنع إذا استحق من يدها أي: أنه إذا استحق من يدها فلها منع نفسها حتى تقبض عوض المستحق ولو لم يغرها به لاعتقاد أنه يملكه بإرث ونحوه وأولى إذا غرها بأن علم أن الصداق مغصوب[2] مثلا ولم يخبرها.

● ص:

ومن بادر أجبر له الآخر إن بلغ الزوج[3] وأطاقت.

● ش:

يعني: أن من بادر من الزوجين بدفع ما في جهته أجبر له الآخر على تسليم ما في جهته إن امتنع أو ماطل فإذا بادر الزوج بالمهر أجبرت على التمكين وإذا بادرت الزوجة بالتمكين من نفسها وأبى الزوج من الدخول جبر على دفع ما حل من صداقها وإذا أسلم الزوج المهر فلا يجبر على الدخول بحال إلا إذا قصد بعدم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا أن يستحق) هذا هو المعتمد وقيل ليس لها المنع بعد الوطء سواء استحق أو لا غرها أو لا وقيل إن غرها فلها المنع وإلا فلا أقوال ضعيفة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مغصوب... إلخ) أي: أو مسروق كما إذا غصب شيئا وجعله له صداقها أو سرق شيئا وجعله له صداقها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن بلغ الزوج) أي: إن بلغ الزوج الحلم لا إن أطاق الوطء على المشهور ومقابله ما لمالك في كتاب ابن شعبان من أن بلوغ الزوج القدرة على الوطء كاف كالمرأة. اهـ.

الدخول المضارة بترك الوطء فلها القيام بذلك كما يأتي.

وأما ما في بعض العبارات من أنه إذا امتنع من الدخول يمهل قدر ما ينهي أمره كما تمهل هي ففائدته سقوط النفقة زمن الإمهال فقط؛ لأنها تجب بالدعاء للدخول وإذا تنازعا فقال الزوج: لا أدفع لها المهر حتى تمكنني. وقالت: لا أمكنه حتى يدفع لي مهري. فقال بعضهم: يوضع المهر تحت يد أمين ترتضيه الزوجة حتى يدخل ولعله إذا خيف من المرأة النشوز بأن خيف منها أنها إذا أخذته لم تمكن من الدخول وإلا فقد سبق أن لها منع نفسها إلى أن يسلم لها ما حل.

وأشار بقوله: (إن بلغ الزوج وأطاقت) إلى شرط الجبر أي: أن كل من بادر منهما يجبر له الآخر إن بلغ الزوج الحلم وأطاقت الزوجة الوطء ولو لم تبلغ فإن لم يبلغ الزوج لم تجبر له الزوجة إن كانت مطلوبة ولا يجبر لها الزوج إن كان مطلوبا وكذا إن كانت غير مطيقة فلا يجبر لها الزوج على دفع ما حل لكن محل ذلك إذا كان الصداق غير معين وإلا فلا يشترط بلوغ ولا إطاقة وإن لم تطق الزوجة الوطء لمرض فكالصحيحة تجبر إذا لم تبلغ حد السياق قاله «دك».

وقال «الش»: فتؤخر للصغر والمرض المانع. وذكر هذا تفريعا على قول المتن: (وأطاقت).

واعلم أن الإطاقة لا تحد بسن؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص كما في «خ» وإنما لم يشترط في الزوجة البلوغ بالاحتلام بل الإطاقة فقط؛ لأن المطيقة يحصل بها للرجل كمال اللذة ولا يحصل للمرأة كمال اللذة إلا إذا بلغ الرجل الحلم.

• ص:

ولغي شرط الإمهال إلا سنة لصغر أو تغربة.

• ش:

يعني: أنه إذا شرط أهل الزوجة على الزوج عند العقد إمهال الزوجة مدة من الزمان فإن هذا الشرط باطل لا يلزم الزوج الوفاء به إلا إذا اشرط عليه إمهالها سنة فأقل لصغر تطيق معه الوطء أو لأجل تغربتها عنهم بأن أراد أن يسافر بها عن البلد فقصدوا التمتع بها فإنه يلزمه الإمهال ولو دفع ما حل من الصداق.

فهذا كالمستثنى من قوله: (ومن بادر) وأما إذا شرطوا عليه أكثر من سنة للصغر أو التغربة فإنه يبطل جميع ما اشترط لا الزائد فقط.

وقولنا: (لصغر تطيق معه الوطء) احترازا من الصغر المانع من إطاقة الوطء فيلزمه الإمهال ولو بلا شرط كما سبق.

وأما المرض المانع من الوطء فهل يلزمه معه الإمهال؟ ـ وهو ما للأصل وابن الحاجب وهو ظاهر «المص» فيما مر ـ أو لا يلزمه إلا إذا بلغ حد السياق؟ وهو ما ذكره «دك» واعتمده غيره.

تنبيه:

لا يلزم الزوجه السفر إلا إذا كان مأمونا والطريقة مأمونة والبلد التي يريد السفر إليها تقام فيها الأحكام ولا يخفى خبرها عن أهلها.

فإذا وجدت هذه الشروط لزمها السفر وظاهر كلامهم ولو مدنية للقرى. وقيل: لا يلزم المدنية الانتقال للقرى لأنها معرة عليها.

• ص:

وأمهلت قدر تهيئة مثلها إلا أن يحلف ليدخلن الليلة.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا دفع ما حل من الصداق وهو بالغ وهي مطيقة وقلنا: تجبر له الزوجة على التمكين فطلبت الإمهال إلى أن تجهز أمرها فإنها تمهل ولو بلا شرط بقدر تهيئة مثلها بما تحتاج إليه من الجهاز وذلك يختلف باختلاف الناس والجهاز والزمان والمكان ولا نفقة لها مدة التهيئة إلا أن يحلف الزوج ليدخلن عليها الليلة مثلا فيقتضى له بذلك ولا تمهل ارتكابا لأخف الضررين وسواء حلف بطلاق أو عتاق أو بالله ماطله وليها أو لا على الراجح.

• ص:

لا لحيض.

• ش:

أي: أن الزوجة تمهل لما سبق ولا تمهل لحيض أو نفاس لأنه يستمتع بما دون

الإزار منها أي: يستمتع بما عدا ما بين السرة والركبة.

• ص:

وإن ادعى العدم تلوم له للاجتهاد ثم طلق عليه ووجب نصفه.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا طالبته زوجته بالصداق قبل الدخول أو بعده وقبل التمكين فادعى بحال صداقها الغير المعين ولا مال له ظاهر فإن الحاكم يتلوم له بالاجتهاد على الراجح. وقيل: يتلوم له سنة وشهر. وقيل: ستة أشهر فأربعة فشهرين فشهر. وهو ضعيف.

وعلى القولين يحبس مدة التلوم إن لم يأت بحميل بالوجه وقيل: لا يحبس؛ لأن الموضع ثبوت عدمه أو تصديق المرأة عليه وهو وجيه. والتلوم لمن يرجى يساره متفق عليه وأما من لا يرجى يساره فهل يتلوم له؛ لأن الغيب يكشف عن العجائب أو لا يتلوم له بل يطلق عليه ناجزا؟ تأويلان في الأصل وظاهر «المص» التلوم مطلقا رجي أو لا ثم بعد مدة التلوم إن لم يأت به أو لم ترض بالمقام معه وانتظاره طلق عليه بأن يطلقها الحاكم أو توقعه هي ثم يحكم على القولين السابقين.

وإذا طلقت عليه وجب نصف الصداق في ذمته لكونه قبل الدخول فكلامه صريح في أن الطلاق قبل الدخول كما قدمنا وهو كذلك إذ لا طلاق على العسر بالصداق بعد البناء على المذهب وإنما لها المطالبة عليه كسائر أرباب الديون وأما من فسخ نكاحها لعيب بها أو بالزوج قبل البناء فلا شيء لها كما مر.

وقولنا فيما مر: (ولا ما له ظاهرا) احترازا مما إذا كان له مال ظاهر فإنه يؤخذ منه بلا تلوم كما إذا كان الصداق شيئا معينا فإنه يؤخذ منه جبرا وإن كان ظاهر الملاء حبس إلا أن تشهد له بينة بالعسر إلا أن يحصل لها ضرر بطول المدة فلها التطليق.

• ص:

إن صدقته أو ثبت عسره.

• ش:

هذا شرط في التلوم ثم التطليق بلا ضرب أجل أي: أن محل التلوم والتطليق من

أول الأمر بلا ضرب أجل إن صدقته المرأة على العسر أو ثبت عسره بالبينة وفي معنى ثبوت العسر من شأنه العسر كالبقال ونحوه.

أما إن لم تصدقه المرأة ولم تقم له بينة بالعسر ولم يغلب على الظن عسره كالبقال فإنه يؤجله الحاكم كسائر الديون وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

وإلا أجل قبل التلوم ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا لم تصدقه ولم تشهد له بينة بالعسر ولم يغلب على الظن عسره فإنه يؤجل قبل التلوم ثلاثة أسابيع لإثبات العسر فيؤجل ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة لأن الأسواق تتعدد في غالب البلاد في مثل هذه المدة فربما اتجر فربح بقدر المهر ثم إذا ثبت عسره في الأجل أو بعده تلوم له ثم بعد التلوم إذا عجز تطلق عليه كما مر ويحبس مدة الأجل إن لم يأت بحميل بالوجه كما مر أيضا.

وإن لم يثبت عسره في الأجل ولا بعده فقال الحطاب: لم يصرحوا بحكمه والظاهر أنه يحبس إن جهل حاله ليستبرأ أمره والتحديد بالأسابيع الثلاثة ليس أمرا لازما.

قال ابن عرفة: ليس هذا حدا متعينا وإنما ذكروه لعمل جماعة من القضاة به والمدار على اجتهاد القاضي.

ولما كان للصداق ثلاثة أحوال يتكمل تارة ويتشطر تارة ويسقط تارة كما إذا حصل في التفويض موت أو طلاق قبل البناء وكما في الرد في العيب قبله أشار إلى أن أسباب الحالة الأولى ثلاثة وهي: الوطء والموت وإقامة سنة ببيت الزوج فقال:

● ص:

وتقرر بوطء وإن في دبر لا مجرد فض البكر ففيه الأرش.

● ش:

يعني: أن الصداق الشرعي وهو المسمى أو صداق المثل في التفويض يتقرر في ذمة الزوج ويتكمل عليه بأحد أمور ثلاثة:

الأول: الوطء من بالغ لمطيقة ولو حرم ذلك الوطء بسبب الزوج أو الزوجة أو هما كفي حيض أو نفاس أو صوم أو اعتكاف أو إحرام أو في دبر ولو بكرا لأنه قد استوفى سلعتها بالوطء فاستحقت جميعه.

فقوله: (وإن في دبر) مبالغة في تقرره أي: يتقرر بالوطء وإن حرم كما إذا وطء في دبر ولو كانت بكرا. وفي «حش»: أنه يتقرر بالوطء ولو مع بقاء البكارة بأن كانت بداخل جدا.

وأشار بقوله: (لا بمجرد فض البكر ففيه الأرش) إلى أنه إذا افتض البكر من غير وطء لزمه أرش البكارة فقط ولا يلزمه الصداق فإن وطء بعد الافتضاض لزمه المهر واندرج الأرش في المهر.

وبعبارة: إذا أزال بكارتها بغير وطء كأن أزالها بأصبعه فإن طلقها قبل البناء لزمه نصف الصداق مع أرش البكارة وبعده لزمه الصداق فقط.

وإضافة (مجرد) لـ(فض) من إضافة الصفة للموصوف أي: فضها المجرد عن الوطء.

وإذا افتضها فماتت من الافتضاض ففي «عب» الدية على عاقلته صغيرة أو كبيرة. نقله عن الحطاب. فقال البناني: صوابه عليه لا على عاقلته. مستندا لقول النوادر: فعليه ديتها ويرد على البناني أن صاحب النوادر جعله من باب الخطأ يلصق ذلك كما في الحطاب ونقله هو ـ البناني بنفسه ـ فدل ذلك على أن قوله في النوادر تمح أي: يترتب على فعله الدية فصح ما في «عب» من الدية على العاقلة لأن الخطأ على العاقلة لا على الجاني وحده والبناني اغتر بظاهر النوادر وفاته التأمل في أطراف الكلام.

وأشار للسبب الثاني بقوله:

● **ص:**

وبموت واحد.

● **ش:**

يعني: أنه يتقرر الصداق بموت واحد من الزوجين أو هما قبل البناء ولو غير بالغ

وهي غير مطيقة وهذا في نكاح التسمية وأما نكاح التفويض فلا شيء فيه ومحل تكميل الصداق بموته ما لم تقتله قبل البناء وإلا فلا شيء لها معاملة لها بنقيض قصدها لاتهامها ولئلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن ويشمل قوله: (وبموت واحد) ما لو قتلت نفسها كرها في زوجها وكذلك السيد يقتل أمته المتزوجة فلا يسقط عن زوجها الصداق.

وظاهر كلام المؤلف أن الموت يتكمل به الصداق سواء كان متيقنا أو بحكم الشرع كما في المفاقيد وأشار للثالث بقوله:

• ص:

وإقامة سنة بعد الخلوة.

• ش:

أي: وكذا يتكمل الصداق بإقامة الزوجة سنة ببيت الزوج بعد الخلوة بها ولو لم يطئها ولا تلذذ بها بشرط بلوغه وإطاقتها؛ لأن إقامة السنة تنزل منزلة الوطء.

وظاهره أن السنة معتبرة ولو في حق العبد. وقال بعضهم: ينبغي أن يعتبر في العبد إقامة نصف سنة وأما الإقامة بدون خلوة وبلا بلوغ للزوج ولا إطاقة للزوجة فلا يتكمل بها الصداق.

• ص:

وصدقت بيمين أنه وطأها في ليلة الدخول.

• ش:

المراد بالدخول خلوة الاهتداء وتثبت الخلوة ولو بامرأتين أو باتفاقهما عليها يعني: أن الزوج إذا دخل على زوجته أي: اختلى بها خلوة اهتداء أي: خلي بينه وبينها ثم تنازعا بعد ذلك في الوطء وعدمه فقال الزوج: ما أصبتها وقالت هي: بل أصابها فإنها تصدق في ذلك بيمين إن كانت كبيرة ولو سفيهة بكرا أو ثيبا حرة أو أمة كان الزوج صالحا أو لا.

ولو قام بها مانع شرعي كحيض أو نفاس وصوم وإحرام لشدة حرص الرجل على الوطء في أول خلوة وشدة شوقه إليها فقل أنه يفارقها قبل الوصول إليها.

وقيل: لا تصدق إلا إذا ادعت على من يليق به ذلك فإن نكلت الزوجة حلف الزوج لرد دعواها ولزمه النصف إن طلق وإن نكل غرم الجميع كما يأتي.

وأما إن كانت صغيرة فإنه لا يتوجه عليها اليمين وإنما يحلف الزوج لرد دعواها ويغرم النصف ووقف النصف الآخر لبلوغها فإذا بلغت حلفت إن شاءت وأخذت النصف الثاني فإن نكلت فلا شيء لها منه وليس لها تحليف الزوج ثانية.

وأما إن نكل الزوج أولا أي: في حال صغرها فإنه يغرم جميع الصداق وليس له تحليفها إذا بلغت وإنما لزمه الجميع بنكوله؛ لأن الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله بمنزلة شاهد آخر.

ولو ماتت الصغيرة قبل البلوغ ورث المهر عنها وحلف الوارث ما كانت تحلفه وكما صدقت المرأة في الوطء تصدق أيضا في نفيه ولو كانت سفيهة أو أمة أو صغيرة لكن تصدق في نفيه بلا يمين إذ الموضوع أنه قد وافقها على ذلك.

تنبيه:

إذا صدقت بيمينها في الوطء ثم زنت بعد ذلك فأراد الحاكم رجمها بعد ذلك؛ لأنها محصنة فقالت: إنما ادعيت الوطء كاذبة لتمام المهر فذلك شبهة تدرأ عنه الرجم ويرجع الزوج عليها بنصف الصداق.

● ص:

أو بيته وإلا فهو[١].

● ش:

عطف على (ليلة الدخول) أي: وصدقت أيضا إذا ادعت الوطء في بيته عند مجيئها له زائرة والمكان الخالي[٢] كبيته في ذلك يعني: أن المرأة إذا زارت زوجها في بيته قبل الدخول ثم ادعت عليه أنه وطئها في بيته فأنكر الوطء فإنها تصدق

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإلا فهو) أي: وإلا تدعي الوطء في بيته بل في بيتها أو بيت غيرها فهو المصدق لا هي. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والمكان الخالي) أي: من الناس كبيته ومثله ما لو اختليا في خلاة من الأرض وليس أحدهما زائرا فتصدق المرأة في دعواها الوطء؛ لأن الرجل ينشط في ذلك. اهـ.

بيمينها ولا عبرة بإنكاره؛ لأن العرف نشاطه في بيته وأما إن زارها في بيتها أو كانا معا زائرين في بيت أحد ثم ادعت عليه الوطء فانكر فالمصدق هو بيمينه؛ لأن الرجل لا ينشط عادة في بيت غيره.

وإلى ذلك أشار بقوله: (وإلا فهو) أي: وإن لم تدع الوطء ببيته بل ببيتها أو بيت غيرها فهو المصدق وعبارته أدل على المراد من قول الأصل: (والزائر منهما)؛ لأنه يوهم أن الزائر يصدق مطلقا في الإثبات والنفي وليس كذلك.

● ص:

ومن نكل حلف صاحبه ونكولهما كحلف المبدأ.

● ش:

هذا مرتبط بقوله: (وصدقت) وإلا فهو يعني: أنه المصدق من الزوجين بيمينه إذا حلف كان القول قوله وإن نكل حلف صاحبه وكان القول قول الحالف فيقضى للحالف على الناكل وإن نكلا معا فنكولهما كحلف المبدأ باليمين فيقضى للمبدأ منهما.

● ص:

وإن أقر به[1] فقط أخذ إن كانت محجورة وهل كذلك غيرها أو إن رجعت له؟ خلاف.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا اختلى بزوجته خلوة اهتداء أو زيارة أو لم تعلم بينهم خلوة وأقر هو بالوطء فقط وأنكرت[2] الزوجة وقالت: لم يحصل منك وطء فإن الزوج يؤاخذ ويلزمه جميع الصداق إن كانت الزوجة محجورا عليها لسفه أو رق أو صغر.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن أقر به... إلخ) أي: الزوج إذا أقر هو وحده بالوطء ثم طلقها فإنه يؤخذ بإقراره فيلزمه جميع الصداق إن كانت الزوجة محجورة سواء أدام الإقرار بأنه وطئها أم لا. اهـ

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأنكرت الزوجة... إلخ) ذكر ابن عبد السلام في الصغيرة والأمة والسفيهة أن المشهور قبول قولها وهذا خلاف ما جرى عليه المؤلف؛ لأنه جار على اختيار اللخمي. اهـ

وأما غير المحجورة وهي الحرة الرشيدة فهل كذلك يؤاخذ بإقراره ويتكمل عليه الصداق كالمحجورة سواء رجعت لتصديقه في أنه وطئها قبل رجوعه عن الإقرار أو أدامت التكذيب لاحتمال أنه وطأها ولم تشعر لنوم[١] أو مغيب عقل أو محل كونها كالمحجورة في مؤاخذته إن رجعت لتصديقه قبل رجوعه عن إقراره لا إن إن أدامت التكذيب فلا يؤاخذ بالإقرار ولا يلزمه إلا نصف الصداق. في ذلك خلاف.

فالضمير في (غيرها) للمحجورة. وغير المحجورة هي الحرة الرشيدة وإن رجع الزوج عن إقراره أخذ به إن سكت الرشيدة أما إن استمرت على تكذيبه أو كذبت نفسها ورجعت لموافقته بعد رجوعه عن إقراره فإنه يعمل برجوعه ولا يلزمه إلا النصف فقط.

ولما أنهى الكلام على شروط الصداق شرع[٢] في الكلام على الأنكحة الفاسدة لخلل في الصداق لفقد شرط وبدأ من ذلك بالفاسد لأقله[٣] وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي أحدهما فقال:

● ص:

وفسخ إن نقص عن خالص ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو مساوي أحدهما وأتمه إن دخل.

● ش:

يعني: أن من شرط الصداق أن لا ينقص عن ربع دينار خالص من الغش أو ثلاثة دراهم كذلك أو ما يقوم بأحد الأمرين من العروض وإن نقص عن قيمة الآخر فأيهما ساواه صح به ولو نقص عن الآخر فإن نقص الصداق عن خالص ربع دينار

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لنوم... إلخ) أي: لاحتمال وطئه لها نائمة أو غيب عقلها بمغيب؛ لأنه أمر لا يعلم إلا منه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على شروط الصداق) أي: الأربعة وهي كونه طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما المشار لها بقول المصنف: الصداق كالثمن. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالفاسد لأقله... إلخ) أي: لنقصه عن أقله، اعلم أن أقل الصداق على المشهور ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة من الفضة أو ما يساوي أحداهما من العروض ولا حد لأكثره ومقابل المشهور إجازته بدرهم. وقيل: لا حد لأقله وأن النكاح يجوز بالقليل والكثير. اهـ.

أو ثلاثـة دراهم أو نقص عن مساوي أحدهما من العروض واطلع على ذلك قبل الدخول فإنه يفسخ بطلاق ويجب فيه نصف المسمى[1] إن لم يتمه فإن أتمه ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو مساوي أحدهما فلا فسخ.

فمعنى قوله: (فسخ) أي: تعرض للفسخ إن لم يتمه وأما إذا عقل عنه حتى دخل فإنه يجب عليه إتمامه ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته ذلك ولا فسخ لصحة النكاح ولا يلزمه صداق المثل.

فإطلاق الفاسد على ما نقص صداقه عن ما ذكر تسمح.

والحاصل: أنه إن دخل لزمه إتمامه ولا سبيل لفسخه وإن لم يدخل قيل له: إما أن تتمه أو فسخناه عليك بطلاق ولها نصف المسمى. وإنما قلنا: إطلاق الفاسد عليه تسمح؛ لأن قاعدة الفاسد لصداقه أنه يفسخ قبل الدخول ولو أتمه ويجب فيه صداق المثل بعد الدخول ولا شيء فيه إن طلق قبل الدخول.

وأما هذا فليس كذلك في هذه الثلاثة؛ لأنه إن أتمه قبل الدخول لا يفسخ وإن طلق لزمه نصف المسمى وإن دخل لزمه المسمى فلما خرج عن قاعدة الفاسد لم يقل: وفسد إن نقص عن ربع دينار كما فعل الأصل.

وقوله: (خالص ربع) من إضافة الصفة للموصوف أي: ربع دينار خالص (وثلاثة دراهم) عطف على ربع دينار فالخلوص من الغش شرط فيهما ولا يكفي هنا الزواج كالكامل احتياطا في الفروج وكذا لا يكفي الرواج في قطع السرقة؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات وإنما اكتفى بذلك في الزكاة احتياطا لجانب الفقراء.

تنبيه:

من له ربع دينار مؤجل على امرأة مليئة جاز له أن يتزوجها به عند بعض الشيوخ واستشكله أبو الحسن بأن المؤجل أقل قيمة من الحال فينقص عن ربع دينار. وقد يقال: هو كناكحها بربع دينار فلا ضرر فيه. وأما إذا كانت معدمة فلا يجزئ كعدم إجزاء حسب الذكاة على مدين عديم؛ لأن الدين مع العدم كالعدم.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويجب فيه نصف المسمى) أي: لما مر من أن كل نكاح فسد لعقده أو لصداقه وفسخ قبل البناء فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين وفرقة المتراضين والمتلاعنين. اهـ.

● ص:

أو بقصاص ووجبت دية العمد وثبت بالدخول مع صداق المثل.

● ش:

عطف على مدخول (فسخ) أي: وفسخ النكاح بقصاص[1] ثبت له عليها أو على وليها يعني: أن الصداق كالثمن فشرطه أن يكون متمولا لا بغير متمول كما إذا وجب له عليها قصاص أو على غيرها فتزوجها على إسقاط القصاص فإنه لا يصح ويفسخ قبل الدخول ولا شيء فيه ووجب عليها دية عمد ولا يقتص للزوم عفوه وإذا دخل عليها ثبت النكاح بالدخول ولها صداق المثل ولا يفسخ.

والحاصل: أنه إذا تزوجها على إسقاط حقه في القصاص ففاسد يفسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل وله الرجوع للدية لأنه أسقط على شيء لم يتم وسقط القصاص؛ لأنه لما عفى لزمه العفو ومثل القصاص كل ما لا يتمول كتزويجها بقراءته لها[2] شيئا من القران أو بعتقه أمة له بأن تزوجها على أن يجعل صداقها عتقها[3] كما أشار لذلك بالتشبيه فقال:

● ص:

كبعتقها ولزم.

● ش:

أي: كما يفسخ النكاح إذا تزوج أمة بعتقها أي: على أن يجعل صداقها عتقها فإذا اتفقا فكل ذلك فسخ النكاح قبل الدخول وثبت بعده بصداق المثل ولزمه العتق ففاعل (لزم) ضمير يعود على العتق.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بقصاص... إلخ) أي: بعدم قصاص؛ لأن صورة المسالة أن امرأة قتلت أبا رجل ذلك الرجل دمها فاتفق معها على أن يتزوجها ويجعل صداقها عدم قتلها فإنه لا يجوز وكذا إذا كان أخوها قد قتل أبا ذلك الرجل واستحق دمه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بقراءته لها... إلخ) أي: كقراءته لها سورة يس مثلا ويجعل ذلك صداقا وأما لو تزوجها على تعليم القران الكريم أو شيء منه فسيأتي أن فيه قولين. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (صداقها عتقها... إلخ) وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام تزوج صفية وجعل عتقها صداقها فهو من خصوصياته ﷺ أو أنه لم يصحبه عمل أهل المدينة. اهـ.

● ص:

أو أجل بمجهول أو خمسين سنة.

● ش:

عطف على مدخول (فسخ) أيضا يعني: أنه إذا تزوجها بصداق معلوم وأجله بأجل مجهول كموت أو فراق[1] أو قدوم زيد ولم يعلم وقت قدومه فإن النكاح يفسخ قبل الدخول اتفاقا ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل.

وكذا إذا أجل بعضه بمجهول وبعضه حال أو مؤجل بمعلوم فيفسخ قبل البناء ولو رضيت بإسقاط المجهول أو رضي بتعجيله على المذهب ويثبت بعده بالأكثر من المسمى الحلال وصداق المثل ولا يتلفت للمسمى الحرام فيلغى والمؤجل بمجهول حرام كما يأتي في الشغار.

وكذا يفسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل إذا لم يقيد الأجل بزمن بأن قيل: المجل كذا والمؤجل كذا ولم يبين الأجل ما لم يكن لهم عرف بشيء فإن جرى عرفهم عند الإطلاق بزمن يدفع فيه الصداق عند مضيه عمل به ولا يفسخ.

وهذا إذا ترك تعيين التاريخ وتحديد الأجل قصدا أما إذا وقع ذلك لنسيان أو غفلة فالنكاح صحيح ويضرب له أجل بحسب العرف[2] وأما إذا قال: متى شئت[3] أو إلى إن تطلبيه. فالمنقول عن ابن القاسم أنه إن كان مليئا جاز[4] كإلى الميسرة وإذا لم يذكر الأجل رأسا كما إذا تزوجها بمائة وأطلق صح النكاح وحمل على الحلول.

وأشار بقوله: أو خمسين سنة إلى أنه إذا قيد الأجل بزمن بعيد كخمسين سنة

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كموت أو فراق... إلخ) أي: ما لم يحكم بصحته حاكم يرى ذلك كالحنفي وإلا كان صحيحا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بحسب العرف) أي: عرف البلد. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (شئت) بكسر التاء. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن كان مليئا جاز... إلخ) وقال ابن الماجشون: وأصبغ بعدم الجواز فإذا قال لها: أتزوجك بعشرة متى شئت خذيها كان مثل أتزوجك بعشرة أدفعها لك عند الميسرة فيجوز عند ابن القاسم إن كان مليئا ويمنع عند ابن الماجشون وأصبغ. اهـ.

ونحوها مما لا يبلغانه عادة فإنه يفسخ النكاح قبل ويثبت بصداق المثل لأن ذلك مظنة إسقاط الصداق وأولى أكثر من خمسين إذ لا يعيشان إلى ذلك غالبا لا سيما إذا كانا مسنين.

وكذا لو أجل بعضه إلى ذلك الأجل؛ لأن حكم البعض حكم الكل في التأجيل والحلول. وقيل: إن الأربعين سنة كالخمسين. قال «حش»: ولم ينظروا هنا لمدة بعضهم التعمير احتياطا في الفروج ولأنهما عمران ينظر اتفاقهما.

قال بعضهم: التعليل بأن الخمسين مظنة الإسقاط يفيد أن محل الفساد إذا أجل كله أو عجل منه أقل من ربع دينار والباقي مؤجل إلى الخمسين وأما لو عجل منه ربع دينار فأكثر فصحيح ورده «حش» بأن هذا ليس إسقاطا محضا بل من باب الاحتمال والغرر والمنع فيه مطلقا وإلا لزم ما قال في المؤجل بمجهول وأمثاله.

تنبيهان:

الأول: أجاز الحنفية تأجيل الصداق بمجهول كموت أو فراق كما في «الش».

الثاني: يفسخ النكاح إن وقع بما لا يحل بيعه كحر وخمر وخنزير ولو كانت الزوجة كتابية وكجلد أضحية أو ميتة فكل ذلك يفسخ فيه قبل ويثبت بعد بمهر المثل.

وكذا إذا دخلا على إسقاط بالكلية أو تزوجها بما فيه غرر كعبد آبق وبعير شارد أو أجنبي أو ثمرة لم يبد صلاحها على التبقية[1] أو على دار فلان بأن يشتريها لها بماله ويجعلها لها صداقا؛ لأن فلانا قد لا يبيع[2] داره وكذا إذا أوقع على أن يشتري لها دارا من مالها ويجعل سمسرته فيها صداقا فكل ذلك يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل؛ لأنه فاسد لخلل في الصداق ومحل الفساد في السمسرة إذا كان ذلك قبل الشراء لها وأما بعده فصحيح جائز؛ لأن سمسرته فيها حق له ترتب عليها فله تزويجها به وجميع ما ذكرناه في هذا التنبيه ذكره الأصل ولم يذكره

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على التبقية) وأما على الجذ فيجوز. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قد لا يبيع داره... إلخ) ولأنه لا يدري هل تباع في يوم مثلا أو يومين. اهـ.

«المص» اكتفاء بقوله سابقا: (الصداق كالثمن) وقد سبق في أول الكتاب أنه يكتفي بظاهر التلويح عن التصريح.

● ص:

أو بمعين بعيد كخرسان[١] من الأندلس[٢] وجاز كمصر من المدينة بلا شرط الدخول قبله إلا إن يقرب جداً.

● ش:

عطف على (ما يفسخ قبل الدخول أيضا) يعني: أن النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل إذا أوقع على صداق معين عقار أو غيره بعيد جدا عن بلد العقد كخراسان[٣] بلدة بأرض العجم في أقصى المشرق من الأندلس بفتح الهمزة والدال، وضمها بلدة بأقصى المغرب؛ لأن الشأن أنه لا يدرك المعنى على حالة وقت العقد فيكون من الغرر[٤].

وفي الخَرَشِي عن الجيزي: تقييد المنع في المعنى البعيد بما إذا كان على وصف أو رؤية يتغير بعدها أما إذا كان على رؤية سابقة لا يتغير بعدها فيجوز.

وفي «بن» الصواب الإطلاق. وإنما هذا التفصيل في المتوسط.

ومعنى كلام البناني: إن المنع في المعين البعيد مطلقا سواء كان على وصف أو رؤية متقدمة على العقد يتغير بعدها أو لا.

وأما إن كانت الغيبة متوسطة كمصر من المدينة المنورة[٥] فيجوز ولا يفسخ؛ لأنه مظنة السلامة ولا فرق بين العقار وغيره والضمان من الزوج في غير العقار ومن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كخراسان) معناه: بلغة الفرس مطلع الشمس. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الأندلس) بفتحتين أو ضمتين. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كخراسان) بقي النظر في حكم ما كان دون كخرسان من الأندلس. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في الغرر) إذ لا يدري بل يستمر باقيا حتى قبضه أو يهلك قبل قبضها وهو الغالب. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كمصر من المدينة) والظاهر أن ما قارب كلا يعطي حكم ما قاربه والمتوسط يحتاط فيه فيعطي حكم البعيد في الأولى. اهـ.

الزوجة في العقار، ومحل الجواز في المتوسط إذا لم يشترط الزوج الدخول قبل أن يقبضه للزوجة فإن شرط الدخول قبل القبض فسد.

ولو أسقط الشرط إلا العقار فلا يضر فيه هذا الشرط؛ لأن الشأن بقاؤه على حاله وأما القريب جدا كاليومين[١] فيجوز.

ولو شرط الدخول قبل القبض كما أشار لذلك بقوله: (إلا إن يقرب جدا) أي: فإذا قرب جدا فلا يضر شرط الدخول.

والحاصل: إن المعين البعيد جدا يفسخ قبل ويثبت بعد بمهر المثل والمتوسط يجوز إذا لم يشترط الدخول قبل القبض وإلا فسد والقريب جداً يجوز مطلقا شرط الدخول قبل القبض أو لا ولم يقيد المؤلف البعيد بقوله: (جدا) اكتفاء بالتمثيل ولما لم يمثل القريب قال فيه: (جدا) وابتدأ بالبعيد؛ لأنه بصدد عطف الفاسدات التي تفسخ على بعضها وختم بالقريب جدا ووسط المتوسط بينهما.

واعلم أنه يجوز الصداق بالعين الغائبة إذا اشترط خلفها إن تلفت كما في «خ».

● ص:

ويمغصوب علماه ويثبت بالدخول بصداق المثل لا أحداهما فصحيح بقيمته.

● ش:

عطف على (ما يفسخ قبل الدخول أيضا) يعني: أنه إذا وقع النكاح بصداق مغصوب[٢] أو مسروق وعلم الزوجان قبل العقد بنصبه أو سرقته فانه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل.

وأما إذا علم بنصبه أو سرقته أحدهما دون الآخر فالنكاح صحيح لا يفسخ قبل ولا بعد؛ بل يثبت بقيمة المغصوب أو المسروق إن كان مقوما وبمثله إن كان مثليا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كاليومين) أي: والثلاثة والأربعة والخمسة كما قال بعضهم. فإن أصبغ قال بها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بقيمة المغصوب... إلخ) وإنما لم ترجع عليه بصداق المثل لدخولها على العوض حيث لم يعلم ودخوله على ذلك حيث علم دونها ومن المعلوم إن قيمة المقوم ومثلي المثلي يقومان مقامه. اهـ.

فأدار بالقيمة العوض الشامل للمثلي.

● **ص:**

أو باجتماعه مع كالبيع.

● **ش:**

عطف على ما مر أيضا؛ أي: وفسخ النكاح باجتماعه مع البيع ونحوه مما دخل تحت الكاف كالقرض والقراض والشركة والجعالة والصرف والمساقاة، فهذه سبعة يمتنع جمع اثنين منها في عقدة لاختلاف معانيها وتنافي أحكامها، ويجمعها في الرمز «جص مشنق» فيمتنع اجتماع واحد منها مع البيع للجهل بما يخص البضع من ذلك ولتنافي الأحكام، فإن النكاح مبني على المكارمة والبيع وما معه على المشاحة.

مثال ذلك: أن يدفع الزوج دارا لزوجته على أن يتزوجها ويأخذ منها مائة[1] دينار فالدار نصفها في مقابلة البضع والنصف الآخر في مقابلة المائة فقد اجتمع[2] النكاح والبيع في عقد واحد.

مثال آخر وهو: أن تدفع الزوجة أو أبوها[3] دارًا للزوج على أن يتزوجها ويدفع لها مائة دينار، فالمائة التي يدفعها الزوج بعضها في مقابلة البضع وبعضها في مقابلة الدار فقد اجتمع البيع والنكاح في عقد واحد وظاهره فساد النكاح في اجتماع كالبيع مطلقا سمي لكل منهما ما يخصه أو لا.

ومسألة اجتماع كالبيع مع النكاح كمسألة المغصوب مما فسد فيه النكاح لصداقه فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ثم إن ما سبق في نكاح التسمية.

وأما نكاح التفويض فأشار له بقوله:

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يأخذ منها مائة) أي: فبعض الدار صداقا وبعضها مبيع. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (باجتماع... إلخ) أوقع النكاح ملتبس باجتماعه مع كالبيع. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو أبوها... إلخ) ولو زاد ما يدفعه من قيمة الدار على ربع دينار. اهـ.

● **ص:**

وجاز في التفويض.

● **ش:**

أي: وجاز في نكاح التفويض اجتماعه مع كالبيع هذا ظاهر وهو ما ارتضاه «بن» ردًا على «ر» في قوله: هذا مجردا إعطاء بلا بيع، ومنشأ الخلاف بينهما أن «ر» اقتصر على ما وقع لابن القاسم: تزوج بنتي وخذ هذه الدار وهذه معونة وتبرع؛ فلذا قال: وإنه مجرد اعطاء بلا بيع.

و«بن» اعتبر ما وقع في كلام ابن رشد: تزوج بنتي وخذ هذه بمائة؛ فلذا قال «بن»: أنه قد اجتمع التفويض والبيع فلم يتوارد على شيء واحد ولا فرق في جواز التفويض مع البيع ونحوه أن يكون ذلك من الزوج والأب أو الزوج والزوجة فلا مفهوم لقول الأصل وجاز من الأب.

مثال ذلك: أن يقول الأب بعتك داري[1] بمائة وزوجتك ابنتي تفويضا، أو يقول الزوج[2] بعتك داري بعشرة، وتزوجت ابنتك تفويضا، أو يقول الولي بعني دارك بعشرة وزوجتك وليتي تفويضا، أو تقول[3] الزوجة لمن له ولاية عقدها ممن يجوز له نكاحها بعتك داري بعشرة وزوجتك نفسي تفويضا. وجميع ما ذكر يجوز ولو كان ذلك على وجه الشرط.

تنبيه:

جميع هذه الأنكحة الفاسدة تضمن الزوجة فيها الصداق بالقبض إذا فات بيدها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أن يقول الأب: بعتك داري) أي: ويقول المشتري: قبلت ذلك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو يقول الزوج... إلخ) أي: فيقول الولي فعلت ذلك بمعنى اشتريت دارك بالعشرة وزوجتك ابنتي تفويضا. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو تقول... إلخ) أنت خبير بأن صيغة النكاح إنما تكون من الولي الذي يتولى الطرفين لا من المرأة وظاهر العبارة إن هذه الصيغة الصادرة من المرأة صيغة النكاح ولكن ليس الحكم كذلك بل تقول صيغة النكاح ما يقولها الرجل بعد بأن يقول: قبلت ذلك وكان ذلك يكفي. انظر حاشية الخرشي. اهـ.

بمفوت البيع الفاسد من حوالة سوق فأعلى[1] فتدفع قيمته للزوج وترجع عليه بصداق مثلها إن دخل لا إن لم يدخل فلا رجوع لها عليه بشيء.

وان لم يفت بيدها ردته للزوج وأخذت منه صداق مثلها إن دخل. ذكره الأصل ردته هنا وذكره فيما سبق فلم يحتج لأعادته هنا.

● **ص:**

وجمع امرأتين في عقد، وهل إلا أن يشترط الزوج أحداهما بالأخرى ويسمي فلا بد من صداق المثل؟ قولان.

● **ش:**

عطف على فاعل (جاز) يعني: أنه يجوز جمع امرأتين أو ثلاث أو أربع في عقد واحد سواء سمي لكل واحدة منهما أو منهن صداقا تساوت التسمية أوسمى لواحدة فقط ونكح الباقي تفويضا أو لم يسم لواحدة بل نكحها أو نكحهن تفويضا.

وهذا مما لا خلاف فيه حيث لم يشترط مع تزويج أحداهما تزوج الأخرى فإن شرط في نكاح أحداهما تزوج الأخرى معها فإن لم يسم لهما أصلا أو سم لكل صداق مثلها أو سمي لإحداهما صداق مثلها ونكح الثانية تفويضا فكذلك يجوز اتفاقا في هذه الثلاث.

أما إذا سمى لكل دون صداق مثلها أو لاحداهما دونه والثانية صداق مثلها أو تفويضا ففي ذلك قولان بالجواز وعدمه وإلى ذلك أشار بقوله: (وهل إلا أن يشترط تزوج إحداهما بالأخرى ويسمي فلا بد من صداق المثل قولان) أي وهل جواز الجمع المذكور ثابت في كل حال إلا إن يشترط تزوج أحداهما مع الأخرى، ويسمي لهما أو لإحداهما فلا بد في الجواز من تسمية صداق المثل، وإلا فلا يجوز أو الجواز مع الشرط المذكور مطلق سمى لهما أو لإحداهما صداق المثل أو دونه قولان.

والواو في قوله (ويسمي) واو الحال أو بمعنى مع وعلى كل فهو تقييد للخلاف

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فأعلى) أي: بأن تغير في بدنه فإن التغيير في البدن أعلى من حوالة السوق. اهـ.

مع هذا الشرط. أي: إلا أن يشترط تزوج الأخرى والحال أنه يسمى أو مع التسمية لجانب أو جانبين فلا بد من صداق المثل فمحل الخلاف مع هذا الشرط، إنما هو حيث حصلت تسمية في جانب أو جانبين وكان دون صداق المثل.

أما إن لم يسم أصلا أو سمي صداق المثل فليس من محل الخلاف كما انه إذا لم يشترط تزوج إحداهما بالأخرى فإنه يجوز الجمع أيضا من غير خلاف سمي لهما أو لأحدهما أو لم يسم أصلا كانت التسمية بقدر صداق المثل أو دونه و«المص» ذكر القول الأول وطوي مقابلة وهو الجواز مطلقا.

● ص:

ولا يعجب جمعهما بصداق وهل يحرم وعليه الأكثر[1] فيثبت إن دخل بصداق المثل أو يكره فيقبض المسمى على مثل مهريهما؟ قولان.

● ش:

(جمعها) فاعل (يعجب) ومفعوله محذوف. أي: لا يعجب الإمام أو ابن القاسم في المدونة جمع امرأتين في صداق واحد إذ لا يعلم ما يخص كل واحدة منه ووحدة الصداق تستلزم واحدة العقد في الغالب[2].

واختلف في معنى قول الإمام لا يعجبني على قولين:

فقيل: معناه يحرم جمعهما بصداق وعليه أكثر الشيوخ وعلى تأويل الأكثر يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل لفساده الصداق.

وقيل: معناه يكره وعليه الأقل كجمع رجل واحد سلفتيه في بيعه وعلى تأويل الأقل فلا يفسخ مطلقا ويقضي المسمى على مثل مهريهما أي على مهر مثليهما فعبارته مقلوبة على ما يظهر.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وعليه الأكثر... إلخ) لأنه كجمع الرجلين سلعتيهما في البيع. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في الغالب) وفي غير الغالب يكون في عقدين بأن يتفق الوليان على إن يتزوجاه ابنتيهما بعشرين دينارا ثم يتولى كل واحد منهما عقد وليته على حدة. اهـ.

● ص:

وفسخ أبدا إن دفع العبد في صداقه وملكته بالبناء.

● ش:

يعني: أن السيد إذا زوج عبده بامرأة حرة أو أمة ودفع لها هذا العبد في صداقها بأن جعله نفس الصداق أو سمي لها عبدا وجعل الزوج وهو العبد المسمى[1] أو سمي لها شيئا ثم دفع العبد فيه فإن النكاح يفسخ أبدا قبل الدخول وبعده وقبل الدخول لا شيء لها وبعده تملكه بأول وطئة؛ لأنه من الفاسد لعقده؛ فيملك فيه المسمى بالدخول وإن كان لإثبات له.

وبعبارة: يفسخ النكاح أبدا إذا دفع العبد في صداقه وإذا فسخ قبل البناء فلا شيء للزوجة وإذا فسخ بعده ملكت زوجها العبد بالبناء ويتبع السيد عبده بالصداق؛ لأنه ضامن عنه ويكون بمنزلة من له على عبده دين فباعه سيده بعد ثبوت الدين في ذمته مع علم المشتري بذلك خلافا لمن جعل ذلك كجناية العبد على مال سيده.

ولهذا أشار بقوله في «بن» قال أبو الحسن: ويتبع السيد عبده على مذهب مالك وأصحابه؛ أي يتبعه بالصداق كما إذا كان للسيد دين على عبده فباعه بعد تقرر الدين وعلم المشتري به فإن السيد يتبعه بالدين فلا يتبعه وإنما فسد النكاح بدفع في صداقه؛ لأنه قد تضمن إثبات هذا النكاح دفعه؛ لأن المرأة إذا أخذت العبد صداقا فقد ملكته وملكها يوجب دفع النكاح وفسخه؛ لأنه لا يجوز للمرأة أن تتزوج بعبدها؛ لأن أحكام الملك تنافي أحكام الزوجية وكل شيء أدى ثبوته إلى نفيه انتفى.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويفض المسمى... إلخ) وذلك بأن ينسب صداق مثل كل واحدة لمجموع الصداقين وبتلك النسبة تأخذ كل واحدة من هذا الصداق المسمى فلو كان صداق مثل إحدهما عشرة وصداق مثل الأخرى عشرين فالمجموع ثلاثون فالمسمى على الثلث والثلثين. اهـ.

● ص:

ولا يصح بدار بينها إلا موصوفة[١] بملكه.

● ش:

يعني: أن النكاح لا يصح على جعل الصداق دار بينهما لزوجته ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل؛ لأنه مما فسد لصداقه إلا دار المصوفة بينهما بملكه فيجوز على الراجح فالصور أربع؛ لأنها أما موصوفة أو لا وعلى كل فإما يملكه أو لا. تجوز منها صورة واحدة وهي ما إذا كانت موصوفة في ملكه لقلة الغرر.

● ص:

ولا بألف وإن كان له زوجة فألفان.

● ش:

أي: وكذا لا يصح النكاح إن تزوجها بألف وإن كانت له زوجة في عصمته فصداقها ألفان للغرر الحاصل في صلب العقد في مبلغ الصداق مع القدرة على رفعه بالبحث الآن هل له زوجة أو لا؟ فلما تركت البحث كانت مختارة لإدخال الغرر في صداقها لأنها لا تدري هل لا زوجة له فصداقها ألف أو له زوجة فصداقها ألفان. وهذه من الأنكحة الفاسدة لصداقها فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

● ص:

وكره أن تزوج عليها فألفان.

● ش:

يعني: أنه يكره أن يتزوجها بألف ويشترط عليه أنه إن تتزوج عليها مثلا فألفان لما فيه من التحجير ولكن يندب الوقاية، ويكره عدم الوفاء والنكاح صحيح إذ لا شك في قدر الصداق حال العقد والشك في الزائد متعلق بالمستقبل فلا يمكن رفعه الآن بخلاف الفرع السابق.

وكذا يكره أن يتزوجها بألف وإن أخرجها من بلدها أو من بيت أبيها أو تسري

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا موصوفة يملكه... إلخ) أي: وصفًا شافيا كما لو عينها؛ أي: بأن قال: أتزوجك بهذه الدار أو الدار الفلانية. اهـ.

عليها فألفان والنكاح صحيح لما سبق.

● ص:

ولا يلزم.

● ش:

يعني: أن هذا الشرط المكروه لا يلزمه الوفاء وإن ندب وإذا خالف الشرط وتزوج أو تسري أو أخراجها من بيت أبيها أو من بلدها فلا تلزمه الألف الثانية.

فقوله: (ولا يلزم) أي ما ذكر من الشرط الألف الثانية على تقدير المخالفة وكذا إذا قالت من في عصمته: أخاف أن تتزوج أو تتسرىٰ عليَّ أو تخرجني من بلدي[1] أو من بيت أبي. فقال لها: إن فعلت ذلك فلك عليَّ ألف فلا يلزمه الوفاء ولا الألف.

● ص:

كإسقاط ألف قبل العقد لذلك.

● ش:

هذا تشبيه في عدم اللزوم؛ لأنه إسقاط قبل وجوبه وقوله: (لذلك) أي لشرط عدم التزوج ونحوه كالتسري يعني: أن الزوجة إذا أسقطت ألفا قبل العقد لأجل عدم التزويج أو التسري أو الإخراج من البلد أو من بيت أبيها من العين سماهما لها صداقا فخالف الشرط فلا تلزمه الألف التي أسقطتها عنها فلا ترجع عليه بها؛ لأن العبرة بما وقع عليه العقد.

● ص:

وبعده لها الرجوع إلا أن تحلفه بغير الله فيلزمه اليمين[2] فقط.

● ش:

يعني: أنه إذا تزوجها بألفين مثلا وبعد العقد أسقطت عنه ألفا على أن لا يتزوج

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وتخرجني من بلدي) ومثل ذلك من تزويج ما شطته أو قابلة مثلا وشرطت عليه الخروج لصنعتها فلا يلزم الوفاء به. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيلزمه اليمين) صورة اليمين إن تزوجت عليك فأمرك بيدك أو فالسرية حرة أو فهي طالق فيلزمه اليمين الالف. اهـ.

عليها أو لا يتسرى عليها أو لا يخرجها من بلدها أو من بيتها ثم خالف وفعله فإنها ترجع عليه إلا إن تحلفه بغير الله كتعليق عتق أو طلاق أو جعل أمرها بيدها فيلزمه اليمين فقط إن خالف دون الألف فلا ترجع عليه بها؛ لئلا يجتمع عليه عقوبتان.

وأما إذا حلفته بالله أنه لا يتزوج أو لا يخرجها فخالف فكالإسقاط بلا يمين فيلزمه الألف ويكفر عن يمينه لسهولة كفارة اليمين بالله كما في محشي الخَرَشِي.

وبعبارة: إنما رجعت عليه في الإسقاط بعد إذا لم تحلفه؛ لأنها أسقطت شيئا تقرر لها في نظير شيء لم يتم، وإنما لم ترجع عليه إذا حلفته لأنها اعتاضت اليمين عن الألف الثانية؛ ولذا يقع الطلاق بائنا إن كان اليمين طلاقا؛ لأنه في معين الخلع؛ ولأن الرجعي لا تملك به نفسها وقع في البدر وتبعه السيد إن الطلاق المحلوف به في صلب العقد يكون بتا، فلينظر أفاده «حش».

واعلم أن رجوعها عليه فيما مر قيده ابن عبد السلام بالقرب، وأما إذا حصلت المخالفة بعد طول فلا ترجع عليه كما إذا أعطته شيئا خوف طلاقها أو ليفارق ضرتها فحصل موجب الخلاف بعد طول فلا رجوع لها عليه وكما إذا قال المشترى عند طلب البائع الإقالة: أخاف أن تبيعها[1] لغيري. فقال: إن بعتها فهي لك[2] فلا شيء على البائع إن باعها بعد الطول نقله «عج» قال: البعد كسنتين.

وفي «بن»: أن الحطاب رد في التزاماته هذا القيد بأن اللخمي عمم أي في القرب والبعد.

والتعميم: هو ظاهر المدونة وابن محرز والمستيطي وغيرها ونحوه في «شب» وتبعه محشي الخَرَشِي فيكون الراجح: أنها ترجع عليه في القرب والبعد إن خالف هذا توضيح «الش».

● ص:

ووجه الشغار: زوجني أختك بكذا على إن أزوجك أختي بكذا وفسخ قبل الدخول وثبت بعده بالأكثر من المسمي وصداق المثل.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أخاف أن تبيعها لغيري) أي: لأني اشتريتها منك برخص. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فهي لك) أي: بالثمن الأول. اهـ.

● ش:

هذا عطف على (ما لا يصح من النكاح) وقوله: (زوجني... إلخ) تفسير النكاح الشغار.

وقوله: (وفسخ) بيان لحكم الشغار.

وقوله أختك[١] أي مثلا وكذا كناية عن عدد مبهم كمائة[٢].

والشغار لغة: الدفع من قولهم شغر الكلب رجليه إذا رفعها ليبول ثم استعمل[٣] فيما يشبهه من رجل المرأة للجماع ثم استعمل في رفع المهر من العقد إذا كان وطئا[٤] بوطء وفعلا[٥] بفعل فكأن كل الوليين يقول للآخر: شاغرني. أي انكحني وانكحت بغير مهر وسمي هذا القسم وجها؛ لأنه شغار من جهة فقط وهو توقف أحدهما على الأخرى وليس شغارا من جهة المهر.

وقيل: سمي بذلك لكثرة وقوعه شبه بوجه الإنسان في كثرة رؤيته وقدمه اعتناء بالرد على من أجازه مع التسمية كأحمد ومذهب الحنفية صحته مطلقا؛ ولهذا الخلاف كان فسخه بطلاق.

ونكاح الشغار ثلاثة أقسام:

صريح الشغار، ووجه الشغار، ومركب منهما وسيأتي الصريح والمركب.

والكلام هنا في الوجه وهو إن يقول الرجل للآخر: زوجني أختك أو ابنتك بمائة عليَّ أن أزوجك أختي أو ابنتي بمائة أو بخمسين.

وحكمه أنه فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أختك) أي: أو ابنتك أو امتك فلا فرق بين من يجبرها ومن لا يجبرها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كمائة) أي: أو أقل وأكثر فلا يشترط في وجه الشغار اتحاد المهر بل المدار في على مجرد التسمية. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ثم استعمل في رفع... إلخ) أي: ثم نقله الفقهاء واستعملوه في رفع المهر. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا كان وطيا) أي: إذا كان العقد ذا وطئ بوطء. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وفعلا... إلخ) هو نفس الوطء حاجة له. اهـ.

المثل وأفهم قوله على أنه لو لم يقع على سبيل الشرط بل على وجه المكافأة[١] من غير توقف أحداهما على الأخرى لجاز.

ثم شبه في الفسخ قبل الدخول أو الثبوت بعده بالأكثر من المسمي وصداق المثل وقوله:

● ص:

كمائة مع خمرا ومجهول الأجل.

● ش:

يعني أنه تزوج امرأة بمائة نقدا مع شيء حرام كخمر أو بما يتبين مائة نقدا أو مؤجلة بمعلوم ومائة مؤجلة مجهول كموت أو فراق فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بالأكثر من المسمى الحلال وصداق المثل ولو زاد صداق المثل على الجميع المعلوم والمجهول ولا ينظر لما صاحب الحلال من الخمر والمؤجل بمجهول فإذا كان صداق المثل مائتين وخمسين أنها حالة؛ لأنها أكثر من المسمى المعلوم والمجهول.

وقال ابن القاسم: لا تزاد على التالي فتأخذها حالتين ولا تعطي الزائد؛ لأنها رضيت بالمائة لأجل مجهول فأخذها حالة أحسن لها[٢] وإذا كان صداق المثل مائتين أو مائة وخمسين أخذته؛ لأنه أكثر من المسمى الحلال وهو المائة[٣] وإذا كان صداق المثل تسعين أخذت مائة؛ لأن المسمى الحلال[٤] وهو المائة أكثر من تسعين صداق المثل.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على وجه المكافأة... إلخ) أي: كما لو زوجه أخته أو ابنته فكافئه الآخر بمثل ذلك من غير أن يفهم توقف نكاح أحداهما على نكاح الأخرى. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أحسن لها) أي من الأول. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من المسمى الحلال، وهو المائة) أي: المصاحبة للمائة الموجلة بأجل مجهول. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأن المسمى الحلال) أي: وهو المائة المصاحبة للمائة الموجلة بأجل مجهول أكثر. اهـ.

● ص:

والفيا واعمل معلوم الأجل في مهر المثل.

● ش:

هذا من تتمة ما قبله والضمير في (الفيا) للحرام والمجهول.

وقوله (في مهر المثل) تنازعه الفعلان قبله وهما ألفي واعمل. أي: أنه إذا أريد تقدير صداق المثل فإنه يلغي فيه الحرام والمجهول فلا ينظر لهما في التقدير ويعمل فيه المؤجل بأجل معلوم إن كان في الصداق مؤجل بمعلوم.

يعني: أنه إذا كان في صداقها مؤجل بمجهول، أو حرام كخمر، وحال ومؤجل بمعلوم وأريد تقدير صداق مثلها؛ لتأخذ الأكثر منه.

ومن المسمى الحلال فإنه يلغي المجهول والحرام ويعتبر المال والمؤجل بمعلوم فإذا كان المسمى لها ثلاثمائة مائة حالة ومائة مؤجلة إلى سنة ومائة مؤجلة بمجهول وخمر، فإن المجهول والخمر يلغيان وينظر بين ما تبين وبين صداق المثل على أن فيه مائة مؤجلة إلى سنة.

فيقال: ما صداق مثلها على أن فيه مائة حالة ومائة مؤجلة إلى سنة.

فإن قيل: مائتان فقد استوى المسمى الحلال وصداق المثل فتأخذ مائة حالة ومائه إلى سنة.

وإن قيل: مائة وخمسون أخذت المسمى وهو المائتان مائة حالة ومائة إلى سنة؛ لأنه الأكثر.

وإن قيل: ثلاثمائة أخذت مائتين حالتين ومائة إلى سنة وإن لم يكن في الصداق مؤجل بمعلوم اعتبر الحال فقط والغي المجهول والحرام على كل حال.

ثم أشار إلى صريح الشغار بقوله:

● ص:

وإن لم يسم فصريحة وفسخ أبدا كعلي حرية ولد الأمة وبدخوله مهر المثل.

● ش:

لما كان لكل من الوجه والصريح مشارك له في حكمه شبه بكل منهما ما شاركه

في حكمه فشبه بالأول قوله: (كمائة مع خمر) وشبه بالتالي قوله (حرية... إلخ) والضمير في صريحة للشغار يعني: أنه إذا لم يسم لواحدة من الزوجتين صداقا: كزوجني أختك أو ابنتك على أن أزوجك أختي أو ابنتي، ولا مهر بيننا، فيسمى ذلك صريح الشغار للخلو عن الصداق.

وحكمه: أن يفسخ قبل الدخول وبعده، وهو معنى قوله: (أبدا) وإذا فسخ قبل البناء فلا شيء فيه وإذا فسخ بعده فلها مهر المثل كما أشار لذلك بقوله: وبدخوله مهر المثل وفهم منه إذا فسخ قبل الدخول لا شيء فيه وقوله: (كعلي حرية ولد الأمة) تشبيه في الفسخ أبدا، وإنما فسخ هذا النكاح؛ لأن فيه بيع للأولاد معه أي مع النكاح.

فقد اجتمع النكاح مع البيع في عقدة واحدة وهو لا يجوز كما تقدم فالصداق بعضه في مقابلة البضع وبعضه في مقابلة الأولاد.

وإنما تأبد الفسخ؛ لأنه من باب بيع الأجنة. والمعنى إن من تزوج أمة على شرط حرية أولاده منها فإنه يفسخ نكاحه أبدا؛ لأنه من باب بيع الأجنة، وتكون الأولاد أحرارا بالشرط لتسوق الشارع للحرية وولادهم لسيد أمهم إلا أن تستحق الأمة فرق مستحقاتهم؛ لأنه لم يدخل على هذا الشرط ولها المسمى بالدخول كما في «عب» و«خ».

وحينئذ فقوله: (بدخوله مهر المثل) راجع لما قبل الكاف الذي هو أصل للحدث عنه. وقد يقال: إن هذا يؤثر خللا في الصداق من حيث إن بعضه في مقابلة الأولاد.

والقاعدة إنما فسد لصداقه فيه مهر المثل بالدخول وإذا كان كذلك فقوله: (وبدخوله مهر المثل) راجع لما قبل الكاف ولما بعدها كما يفيده «حش».

تنبيهان:

الأول: إذ زوج السيد عبده لأمة فلان على أن الأولاد شركة بينهم فسخ النكاح والأولاد لسيد الأم.

الثاني: إذا زوج السيد عبده بامرأة فولدت من العبد ثم وكلت ولدها في قبض مهرها المؤجل من سيد العبد فلم يجد الولد مع سيد أبيه إلا أباه فله أن يبيع أباه في

مهر أمه وبها يلغز فيقال: ولد يبيع أباه فله في صداق أمه.

وفيه قال «حش»:

قل للذي فاق الأنام بلطفه وبعلمه ... ولد يبيع أباه في مهر يكـون لأمـه

وأجبت عنه فقلت:

قل للذي درك العلوم بلبـــه ... ورمي شواردها بصائب فهمه
هــذا لعمرك سيد في عبــده ... قد زانه بحليــلة من رسمـه
فأصــابها ولدت له من صلبه ... ولدا نبيلا بارعــا في رسمـه
فوكل في قبض الصداق لأمه ... فأخذ أباه وباعــه في سهمـه

● ص:

فان تركب منهما فلكل حكمه.

● ش:

يعني: أنه إذا تركب الشغار من القسمين السابقتين كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك بلا مهر فـإنه يحكم على كل جزء بحكم كله ويسمى باسمه فالتي سمي لها يسمى نكاحها بـوجه الشغار ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل، والتي لم يـسم لها يسمى نكـاحها بصريح الشـغار ويفسخ أبدا ولها بالدخول مهر المثل، فالمركب منهما صريح من جانب ووجه من جانب فأعطى كل حكم نفسه.

ولما قدم أن لهـا في الوجه منها أو من أحدهما الأكثر من المسمى وصداق المثل، وكان هناك قول بأن لها صداق المثل فقط أشار له بقوله:

● ص:

وقيل بالمثل أيضا في الوجه.

● ش:

يعني: أنه كما قيل بالأكثر من المسـمى وصداق المثل في وجه الشغار إذا حصل دخـول قيل أيضا بصـداق المثل فقط في الـصداق وهذا ضعيف؛ ولـذا أخره ومرضه بقيل.

• ص:

ورجح منعه بالمنافع كتعليمها قرآنا وقرآته لها وأنه لو وقع مضى بها.

• ش:

(وأنه لو وقع) معطوف على نائب فاعل (رجح) أي: رجح منع النكاح بالمنافع ورجح أيضا أنه لو وقع بها مضي. والضمير في (بها) راجع (للمنافع) يعني: أن النكاح إذا وقع على منافع كتعليم الزوج للزوجة قرآنا محدودا بحفظ أو نظر وكقرآته لها شيئا من القران وكأحجاجه لها بأن يسافر بها إلى الحج أو يزورها لها وكإجارته لها عبدا أو دارا مدة معلومة.

وجعل الصداق هذه المنافع ففي ذلك خلاف، فقيل مكروه، وقيل: ممنوع والراجح أنه ممنوع واختلف أيضات إذا وقع بهذه المنافع فقيل يمضى بما وقع عليه من المنافع، ولا يفسخ قبل الدخول ولا بعده، ولا تفسخ الإجارة وإن منع ذلك ابتدء وقيل لا يمضى ويفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل ويرجع الزوج عليها بقيمة عمله من تعليم أو غيره من ابتداء المدة إلى فسخ الإجارة عند الاطلاع عليها ولو بعد الدخول.

والراجح إنه يعني بعد الوقوع بهذه المنافع مراعاة للقول بالكراهة كذا في توضيح الأصل وتبعه شراحه وتعقبه «بن» متعللا بأن ابن عرفة لم يعرج عليه ويفسخ النكاح بالجعل[1] قطعا لعدم لزومه كأن يتزوجها على أن يأتي لها بعبدها الآبق أو بعيرها الشارد.

وبعبارة: لا خلاف في منع النكاح بالجعل؛ لأن عقده غير متبرم بالنسبة للمجهول له إذ له الترك متى شاء فهو نكاح على خيار[2].

تنبيه:

منع النكاح بالمنافع كتعليمها القرآن فيما إذا وقع قبل الفعل، أما إذا علمها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالجعل) أي: كأن يقول لها: أتزوجك واجعل مهرك إتياني لك بعبد الأبق فالجاعل الزوجة والمجعول له هو ذلك الزوج. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح على خيار) أي: فيفسخ قبل لا بعد. اهـ.

بالفعل أو أسكنها الدار فتجمدت عليها الأجرة فجعلها في مهرها فإن النكاح يصح قطعا كما في «حش».

● ص:

وكره المغالاة والآجل.

● ش:

يعني: أنه يكره التغالي في المهر الخارج عن المعتاد ويختلف ذلك باختلاف الناس إذا المائة قد تكون كثيرة جدا بالنسبة لامرأة وقليلة جدا بالنسبة لأخرى وكذلك بالنسبة للرجال.

والمغالاة من المفاعلة التي ليست على بابها على حد سافر وعافاه الله؛ لأن الغلو لا يطلبه الزوج بل المرأة أو وليها فقط.

وكذا يكره الأجل[1] في الصداق أي يكره تأجيله كله أو نصفه بأجل معلوم ولو إلى سنة لئلا يتذرع[2] الناس إلى النكاح بغير صداق ويظهرون أن هناك صداقا مؤجلا ولمخالفته لفعل السلف.

تنبيه:

كان صداقه ﷺ على جميع أزواجه اثني عشر أوقية ونصف أوقية وذلك خمسمائة درهم كما في «عج» ورواه مسلم نعم أصدق النجاشي لأم حبيبة إحدى الزوجات الطاهرات أربعة آلاف درهم، وصداق فاطمة الزهراء كان درعا على الأصح.

وورد من يمن المرأة قلة مهرها وتيسر أمرها ورد المرأة على عمر بقوله تعالى أو تقيم أحداهن فشاطرا لا ينافي كراهة المغالاة وإنما ردت عليه؛ لأنه قال في بعض خطبه: كل من زاد على مهر فاطمة أو مهر زوجاته ﷺ جعلت زيادته في بيت المال. فقالت له وهي في طرف المجلس: لا يحل لك هذا يا ابن الخطاب وقد قال الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء:٢٠]، وكان رضي الله عنه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يكره الأجل... إلخ) أي: ولو لبعض المهر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يتذرع بالذال المعجمة) أي: يتوسل. اهـ.

رجاعا للحق فأطرق رأسه ثم قال: امرأة أصابت ورجل أخطأ.

● ص:

وإن أمره بألف فزوجه بألفين فإن دخل فعليه ألف وغرم الوكيل وضاعت الثانية إن ثبت نقدية فإن دخل فعليه ألف وغرم الوكيل الثانية إن ثبت عليها.

● ش:

يعني: إن الزوج إذا أمر وكيله أن يزوجه بألف درهم مثلا سواء عين له الزوجة أو لا، كما يفهم من إطلاق فزوجه الوكيل بألفين تعديا منه ولم يعلم واحد من الزوجين بالتعدي قبل العقد.

فإن دخل الزوج بالزوجة فعليه ألف وهي التي أمر وكيله بها وغرم الوكيل الألف الثانية إن ثبت تعديه بإقراره أو ببينة حضرت توكيل الزوج بالألف وإلا يثبتا تعدئ الزكيل بأن لم يكن إلا مجرد الدعاوئ عليه حلف الزوج أنه لا أمره إلا بألف وبريء ثم يحلف الوكيل أنه ما تعدئ وأن الزوج أمره بألفين.

فإذا حلف الوكيل أيضا ضاعت عليها الألف الثانية ويثبت النكاح بالألف.

والحاصل: أنه إذا أمره بألف فعقد بألفين ولم يعلم بذلك إلا بعد الدخول فإن ثبت تعدي الوكيل غرم الألف الثانية، ويثبت النكاح، وان لم يثبت تعديه فإن الزوجة تحلف الزوج أولا أنه ما أمر إلا بالألف، وأنه ما علم بالألف الثانية إلا بعد البناء، ثم تحلف الزوجة أيضا الوكيل أنه ما أمره إلا بألف وضاعت عليها الألف الثانية.

وأما إن علم واحد من الزوجين بالتعدي قبل العقد أو كان النزاع قبل البناء فسيأتي الكلام على ذلك.

● ص:

ومن نكل غرم.

● ش:

تقدم إذا حلف الزوج والوكيل فلا غرم عليهما، وضاعت الألف الثانية وذكر هنا إنه إذا نكل واحد منهما عن اليمين غرم لها الألف الثانية، فإن نكل الزوج لزمه

الألف الثانية بمجرد نكوله.

إن كانت دعوى الزوجة عليه دعوى اتهام؛ فإن حققت عليه الدعوى حلفت إن عقدها بألفين ولزمته الألف الثانية فإن نكلت سقطت. وهذا معنى قول «الش».

وترد اليمين في دعوى التحقيق على القاعدة والمتهم بمجرد النكول يعني: أن الوكيل إذا نكل بعد حلف الزوج لا يغرم بمجرد النكول يعني: أن كانت دعوى الزوجة عليه بالتعدي دعوى تحقيق بل يرد عليها اليمين فإن حلفت غرم وإن نكلت برئ.

وأما إن كانت دعوى اتهام[1] فيغرم بمجرد النكول كما مر. بقي هنا بحث وهو أن صفة يمين الوكيل: ما أمرني إلا بألفين.

وإذا رد على الزوجة اليمين في دعوى التحقيق فصفة يمينها إن عقدها وقع بألفين؛ لأنها تحلف على ما يخصها لا إن الوكيل تعدى.

وإذا كان كذلك فهو مشكل؛ لأن اليمين لم ترد بالصفة التي توجهت بها.

فإن قلت: حيث حققت دعوى[2] التعدي على الوكيل فما وجه حلف الزوجة لها ابتداء.

قلنا: قد يطري لها التحقيق بعد حلف الزوج بل قد يكون يمين الزوج هو الذي أوجب لها التحقيق.

● ص:

وهل إن نكل الزوج يحلف الوكيل وهو الظاهر خلاف.

● ش:

(يحلف) مضعف اللام متعد وفاعله ضمير (الزوج) و(الوكيل) يعنى أن الزوج إذا نكل وغرم لها الألف بنكوله كما مر فهل له إن يحلف الوكيل أنه غير متعد؟ وهو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دعوى اتهام) أي: بأن قالت الزوجة له: أتهمك في أنك قد تعديت بزيادة الألف الثانية. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فأحققت عليه الدعوى) أي: بأن قالت له: أنا محققة وجاز منه بأنك تعديت بزيادة الألف الثانية. اهـ.

الظاهر؛ لأن الزوج قد يتحاشى عن اليمين ولا يكون مقرا.

فإذا نكل الوكيل غرم للزوج الألف الثانية التي كان غرمها للزوجة بنكوله وهذا قول أصبغ أو ليس له تحليفه؛ لأن نكول الزوج كالإقرار وهو قول محمد، فمبني القولين على إن النكول هل هو كالإقرار؟ فليس له تحليفه أو ليس كالإقرار فله تحليفه قال وظاهر كلامهم إن الزوج إذا نكل لا يرد اليمين على الزوجة ولو دقق دعوا إن العقد وقع بألف والقاعدة تقضي الرد فلينظر.

• ص:

وثبت النكاح.

• ش:

لما قدم الكلام على غرم الألف الثانية للوكيل أو الزوج أو سقوطها ولم يعلم من كلامه معكم حكم النكاح هل يثبت أو لا؟ بينه هنا بقوله: (وثبت النكاح) يعني: أن النكاح ثابت في جميع هذه الأحوال السابقة من غرم وعدمه وحلف ونكول فلا يفسخ بعد الدخول.

ثم أشار لمفهوم قوله سابقا فإن دخل مشبها له بما قبله في الثبوت فقال:

• ص:

كأن لم يدخل ورضي[1] أحدهما لا التزم الوكيل.

• ش:

أي: وكذا يثبت النكاح ولا يفسخ إن لم يدخل بها ورضي أحدهما بما قال الآخر، فإن رضي الزوج لا يفسخ النكاح والموضوع عدم علم كل من الزوجين بالتعدي كما في القسم السابق وأما إن علم أحدهما أو كلاهما بالتعدي فسيأتي.

وأما إن التزم الوكيل الألف الثانية مثلا وأبى الزوج فلا يلزمه النكاح ولو رضيت المرأة لمنة الوكيل على الزوج والضرر عليه بزيادة النفقة لا نفقة من صداقها كثير ممن صداقها قليل إلا النادر من النساء وهذا هو الفرق بين ما هنا وبين وكيل البيع

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ورضي... إلخ) يشترط فيمن يرضى أن يكون حرا رشيدا إلا فلا عبرة برضاه. اهـ.

إذا التزم الزيادة يلزم الموكل.

● ص:

وإلا فإن قامت له بينة ما أمر إلا بألف حلفها ما رضيت بها وبالعكس وإلا حلفا.

● ش:

هـذا مفهوم قوله (ورضي) والموضوع إن ذلك قبل الدخول يعني: أنه إذا لم يرض احدهما بما ادعاه الآخر فإن قامت للزوجة بينة أنه ما أمر وكيله إلا بألف حلفها أنها ما رضيت بها.

فـإن حلفت قيل للزوج أما إن ترضى بالألفين وإلا فرق بينكما بطلقة بائنة فقوله: ثم فسخ بطلاق راجع للجميع.

وإن نكلت لزمها النكاح بألـف، وأما بالعكس وهو ما إذا قامـت لها بينة بأنها ما رضيت بـألف ولم تقم له هو بينـة فإنها تحلفه أنه مـا رضي إلا بألف فقط ولم يرض بالألفين.

فـإذا حلف قيل لها إما أن تـرضي بالألف وأو يفسخ النـكاح بطلقة بـائنة ولذلك أشار بقوله: (وبالعكس).

وأشار بقوله (وإلا حلفا) إلى أنه إذا لم تقم لواحد منهما بينة فإنهما يحلفان معا.

فقـوله: (وإلا حلفا) مفهوم قوله (إن قامت له بيـنة وبالعكس) أي وإلا تقم لواحد منـهما بينـة بألا لـم تقـم له بينة أنـمه وكل بألف فقط؛ ولا لـها أنها مـا رضيت بألف وإنما وقع عقدهـا على ألفين فأنهمـا يتحالفان، فيحلف الـزوج ما أمر إلا بألـف، ثم تخلف هي ما رضيت إلا بألفين، ويفسخ النكاح.

فـإن نكل الزوج ثبت بألفين وهل بعـد حلفها ويفـسخ النكاح فـأنكل الزوج لم ترض بألفين أو يثبت بألفين بمجرد نكوله.

يقال: إذا احقق عليها دعـوى الرضي بالألف فلا يثبت ولا يغرم الألف الثانية إلا بعد حلفها أنها لم ترض إلا بالألفين.

وإن اتهمهـا غرم الألف الثانية بمـجرد النكول أو يثبت النكـاح، وهذا معنى قول «الش». والنكـول والرد علـى ما سـبق أي من كون الـدعوى دعـوى تخفيف فترد أو

دعوى اتهام فلا ترد.

وأما إذا أنكلت الزوجة بعد حلفه فإنه يلزمها النكاح بألف وأما نكولها بعد نكوله فكحلفهما معا فيفسخ النكاح ولا يعقل في ذلك رد حاصل ما أشار إليه «المص» إن الصور ثلاثة:

إما أن تقوم البينة له فقط أو تقوم لها فقط وهي صورة العكس أو لم تقم لواحد منهما وقد عملت أحكامها وبقيت صورة رابعة: وهي ما إذا قامت البينة لكل منهما وحينئذ فلا يمين عليهما وليس لهما إلا الرضي أو الفسخ[1].

● **ص:**

وبدء الزوج ثم فسخ بطلاق.

● **ش:**

يعني: أنه إذا لم تقم لواحد منهما بينة وقلنا بحلفها معا فانه يبدء الزوج بالحلف على المعتمد خلافا لما في الأصل، فيحلف ما أمر إلا بألف ثم تحلف هي أنها ما رضيت إلا بألفين، ويفسخ النكاح بطلاق ويتوقف الفسخ على حكم حاكم ويقع ظاهر أو باطنا.

وقوله: (ثم فسخ بطلاق) راجع لجميع الصور فمتى فسخ كان الفسخ بطلاق، وليس خاصا بالصورة الأخيرة ونكولهما كحلفهما يقضي للحالف على الناكل.

وبعبارة: إذا حلف الزوج أنه ما أمر إلا بألف قيل للزوجة إما أن ترضى بالألف أو تحلفي أنك ما رضيت إلا بألفين، فإذا حلفت فسخ النكاح.

ولما ذكر حكم ما إذا لم يعلم واحد من الزوجين بالنقدي ذكر حكم علمهما أو علم أحدهما دون الآخر فقال:

● **ص:**

وإن علمت فقط أو علم فقط بعلمها فألف وإلا فألفان.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة إذا علمت فقط دون الزوج بنقدي الوكيل قبل البناء أو العقد

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا الرضا أو الفسخ) أي: بطلقة بائنة؛ لأنه قبل الدخول. اهـ.

ومكنت من نفسها أو من العقد عليها فالواجب لها ألف فقط. وسقط عن الزوج الألف الثانية وكذا إن علم كل بالتعدي ولكن علم الزوج فقط بعلمها ولم تعلم بعلمه فمن حجته: أن يقول: قد مكنتي من نفسك مع علمك بالنقدي، وأنا ما دخلت عليك إلا مع علمي بأنك قد رضيت بالألف. فهاتان صورتان فيهما ألف وإليهما أشار بقوله: وإن علمت فقط أو علم فقط بعلمها فالقول قوله وإلا فألفان؛ تحته أربع صور؛ أي: وإلا بأن علم هو فقط بتعدي الوكيل أو علما معا ولكن علمت بعلمه ولم يعلم هو بعمها أو علما معا بالتعدي ولم يعلم واحد منهما بعلم الآخر أو علما معا وعلم كل بعلم الآخر بالتعدي فاللازم ألفان في الصور الأربع.

و«الش» لم يدخل الصورة الرابعة تحت إلا مع أنه يمكن دخولها وإنما لزمه ألفان في الصور الأربع لأنه لما علم فيها بالتعدي من الوكيل ودخل على ذلك فكأنه التزم الألف الثانية ولا يضر علم الزوجة بتعدي الوكيل حيث علم هو فيغلب علمه على علمها وكذا لا يضر علمها بعلم الزوج؛ لأنها إذا علمت بعلمه فلم تمكنه إلا على ألفين.

وقال اللخمي: إذا لم يعلم كل منهما بعلم الآخر فيلزم ألف وخمسمائة؛ لأنه لما تعارض علمهما في الألف الثانية قسمت للتعارض.

تنبيه:

إذا أذنت المرأة الغير المجبرة لوكيلها في تزويجها ولم تعين له قدرا من الصداق سواء عينت له الزوج أم لا فزوجها بدون صداق مثلها فإنه لا يلزمها التزويج إلا إن ترضى[1] وإن زوجها بصداق مثلها لزمها النكاح إن عينت الزوج أو عينه لها قبل العقد وإلا لم يلزم أيضا.

وإذا دخل بها الزوج حيث زوجت بدون صداق المثل كان عليه لا على من زوجه أن يكمل لها صداق؛ لأنه المباشر[2] بخلاف المزوج له.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا أن ترضى) أي: الزوجة بذلك فإن رضى الزوج بإتما م صداق مثلها بعد أن أبت لزم النكاح إن كان مع القرب لا مع الطول. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأنه المباشر) أي: الذي باشر إتلاف سلعتها. اهـ.

● ص:

وكره صداق السر وعمل به إن أعلنا غيره وحلفته إن ادعت الرجوع عنه إلا لبينة أن المعلن باطل.

● ش:

يعني: أنه يكره اتفاق الزوجين على صدق في السر أقل من صداق العلانية فإذا اتفقا على صداق في السر وأظهرا صداقا في العلانية يخالفه قدرا أو صفة أو جنسا فإنه يعمل بصداق السر لا بما اتفقا عليه في العلانية.

فإن ادعت المرأة على الزوج أنهما رجعا عما اتفقا عليه في السر إلى ما أظهراه في العلانية وأكذبها الزوج فلها أن تحلفه فإن حلف عمل بصداق السر وإن نكل عمل بصداق العلانية بمجرد النكول.

ولا ترد على اليمين الزوجة إن كانت دعواها عليه الرجوع دعوى اتهام فإن حققت عليه دعوى الرجوع توجهت عليها اليمين كما استظهره ابن عاشر ومال إليه «حش».

ثم إن محل حلف الزوج ما لم تقم بينة تشهد بأن المعلن باطل لا أصل له وإلا فلا يحلف ويعمل بصداق السر سواء كان[1] شهود السر هم شهود العلانية أو غيرهم.

واستشكل قبول هذه البينة الشاهدة بأن المعلن باطل بأنه يمكن الرجوع عم شهد عليه كالرجوع عم اتفقا عليه. نعم إذا كانت البينة مقصودة للتوثق خوف دعوى الرجوع لم تبطل إلا بينة تشهد بإبطالها.

● ص:

وإن تزوج بثلاثين عشرة نقدا أو عشرة لأجل وسكتا عن عشرة سقطت.

● ش:

صورة المسالة: أنه تزوجها بثلاثين مثلا منها عشرة نقدا أي: حالة وعشرة إلى

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (سواء كان شهود السر... إلخ) ولا يضر الشاهدين على السر أن تقع شهادتهما على العلانية لأنهما يقولان: شهدنا أن يكون سرا كذا وعلانية كذا. اهـ.

سنة مثلا وعشرة سكتا عنها فإنها تسقط العشرة المسكوت عنها؛ لأن سكوتهما عن ذكرها دليل على سقوطها بخلاف البيع فتلزم حالة.

والفرق أن النكاح قد يذكر فيه صداق للمفاخرة ولا يعمل به بخلاف البيع.

وإذا تزوجها بعشرين وقالوا: عشرة نقدا وسكتوا عن الثانية فنظر فيه السيد. واستظهر «حش» أنه كمؤجل بعضه بمجهول؛ لأن[1] النقد لا بد له من مقابل.

● **ص:**

وكتابة الموثق نقدا ماضيا مقتض لقبضه لا مصدرا.

● **ش:**

الموثق اسم فاعل من وثق بالتشديد معناه في الأصل الرابط بالوثاق أي: الحبل ثم استعير للكاتب بحفظه بالكتابة ما يخاف نسيانه استعارة تبعية ثم صار حقيقة عرفية.

وقوله: (نقد) مثله عجل وقدم ودفع.

يعني: أن الموثقين وهم الشهود إذا كتبوا في وثيقة النكاح أن الزوج نقد زوجته من المهر بصيغة الماضي فإن ذلك يقتضي عرفا إن الزوجة قد قبضتها فيقضى للزوج بذلك عند التنازع ويصدق في دعواه القبض بلا يمين.

وأما (المصدر) معرفا أو منكرا نحو النقد منه كذا أو نقده كذا أو منها كذا نقدا فلا يقتضي أنها قبضته على الراجح فتصدق الزوجة في عدم القبض بلا يمين.

والفرق بين نقدها بصيغة الماضي والنقد بصيغة المصدر أن الماضي مدلوله الحدث المقترن بزمان ماضي فدل على القبض وأما المصدر فهو اسم يدل على الدوام والثبوت فيقتضي البقاء.

واعلم أن من صدق منهما فإنه يصدق بلا يمين كما هو ظاهر وكل هذا قبل البناء[2]

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بمجهول) أي: بأجل مجهول. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قبل البناء) أي: فيما إذا وقع التنازع قبل البناء بأن ادعى الزوج قبل البناء أنه دفع من الصداق كذا وادعت المرأة أنه لم يدفع شيئا. اهـ.

وأما بعده فالقول قول الزوج(١) كما يأتي.

● ص:

وجاز نكاح التفويض بلا وهبت إلا مقيدا به والتحكيم.

● ش:

قوله: (بلا وهبت) حال من فاعل (جاز) والضمير في (به) عائد على (التفويض) أي: إلا مقيدا بالتفويض.

والمعنى: أنه يجوز نكاح التفويض ولكن الأحب نكاح التسمية ومحل الجواز إذا لم يقع العقد بلفظ: وهبت لك ابنتي أو أختي.

مثلا بأن وقع بلفظ: أنكحت أو زوجت ونحو ذلك.

أما إذا وقع بلفظ: وهبت فلا يجوز إلا إذا قيده بالتفويض أو ذكر المهر كأن يقول: وهبتك ابنتي تفويضا أو وهبتك ابنتي بمهر قدره كذا إلا أنه إذا عين المهر كان نكاح تسمية.

وإنما جاز وهبت مقيدا بالتفويض؛ لأن التقييد قرينة على عدم إسقاط الصداق بخلاف وهبت غير مقيد بالتفويض فإن المتبادر منه إسقاط الصداق فإذا وقع ذلك فسخ قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل.

فقول «المص»: (بلا وهبت) الغرض منه تقييد الجواز وليس الغرض من ذلك تعريف نكاح التفويض.

وعرفوه بأنه: عقد بلا ذكر مهر ولا دخول على إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد فإن دخلا على إسقاطه فليس نكاح تفويض بل نكاح فاسد.

وقولهم: (ولا صرفه لحكم أحد) قيد خرج به نكاح التحكيم وهو عقد بلا ذكر مهر صرف تبعيته لحكم أحد.

ونكاح التحكيم جائز أيضا كما أشار له «المص» بالعطف على التفويض، أي: وجاز أيضا نكاح التحكيم نحو زوجتها لك على ما يقوله فلان من الصداق.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قول الزوج) أي: في أنه دفع كذا إذا وقع التنازع بعد البناء سواء وجد في الوثيقة نقدها بصيغة الماضي أونقده بصيغة المصدر المضاف أو المحلى بأل. اهـ.

● ص:

وفسخ إن وهبت نفسها إلا يبين فالمثل.

● ش:

وهبت بالبناء[١] للمفعول فيشمل هبتها هي أو وليها المجبر (نفسها) تأكيد[٢] للضمير المستتر أي: وهبت ذات المرأة لا مهرها وإلا فهو ما قبله.

والمعنى: أنه يفسخ النكاح إذا وهبت ذات المرأة كان الواهب هي أو وليها إلا أن يبني بها فيثبت النكاح بصداق المثل.

وأما قصة الواهبة نفسها للنبي ﷺ فخصوصية له عليه الصلاة والسلام. وما مشى عليه «المص» هو الراجح مقابله أن هبة الذات ليست من النكاح في شيء[٣] بل هو زنى فيفرق بينهما ولو بعد الدخول ويحدان ولا يلحق به الولد وهو ضعيف.

● ص:

ولها في التفويض مهر مثلها بالوطء لا بموت وورثت وطلاق.

● ش:

أي: أن المرأة المنكوحة تفويضا إذا وطئها الزوج قبل الفرض وهو بالغ وهي مطيقة ولو مع مانع شرعي كحيض فإنها تستحق صداق مثلها بالوطء إذا وطئها وهي حية لا ميتة وليس للزوج أن يقول: لا أفرض لها إلا أقل صداق المثل.

وإذا مات أحد الزوجين قبل الدخول والفرض فليس لها صداق ولكنها ترثه إن مات وذلك عكس دخول المريض فإن المريض[٤] إذا تزوج في المرض ودخل فيه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالبناء للمفعول) هذا الضبط أولى من بناء الفعل للفاعل لشمول الأول لما إذا كان الواهب لها وليها أو هي. وأما الثاني: فهو قاصر على ما إذا وقعت الهبة منها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تأكيد للضمير المستتر) أي: الذي هو نائب الفاعل واعترض بأنه لا يصح كونه توكيدا لأن ضمير الرفع المتصل لا يؤكد بالنفس أو العين إلا بعد توكيده بضمير منفصل وليس بموجود هنا. قال في الخلاصة: وإن توكيد الضمير المتصل بالنفس والعين فبعد المنفصل عنيت الرفع... إلخ؛ فالصواب أن يجعل نفسها هو نائب الفاعل؛ أي: وهبت ذاتها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في شيء) لأن تمليك الذات مناف للنكاح. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (شيء... إلخ) أي: يكون أقل من صداق مثلها والحاصل أن عندنا =

ومات فإن لزوجته الصداق دون الميراث.

وقوله: (وطلاق) عطف على (موت) أي: أنه إذا طلقها قبل الفرض والدخول فليس لها نصف مهر مثلها.

والحاصل: أن المرأة لا تستحق صداق مثلها في نكاح التفويض إلا بالوطء لا بموت من أحدهما قبل الدخول فلا شيء لها وإن كان لها الإرث، ولا بطلاق قبل البناء إلا أن يفرض قبل الموت والبناء دون صداق المثل ولو ربع دينار وترضى به[1] فلها جميعه في الموت ونصفه في الطلاق فإن لم ترض فلا شيء لها فإن فرض لها صداق المثل لزمها ولا يعتبر رضاها وتشطر الفروض بالطلاق وتكمل بالموت.

• ص:

ولا تصدق بعدهما أنها رضيت فرضه.

• ش:

تقدم أن المرأة في التفويض يسقط صداقها بالموت والطلاق قبل الفرض والبناء فإذا فرض لها شيئا قبل الموت والطلاق ولم يثبت رضاها به ثم مات أو طلق فادعت بعد الموت أو الطلاق أنها رضيت بما فرضه قبل الموت أو الطلاق فإنها لا تصدق في ذلك إلا ببينة تشهد لها بالرضى قبلهما.

والموضوع أنه لم يطأ وإلا استحقت صداق مثلها بالوطء كما مر.

فقوله: (بعدهما) أي: بعد الطلاق والموت أي: لا تصدق بعد الموت والطلاق في أنها رضيت فرضه قبلهما إلا ببينة.

• ص:

وندب أن تمنعه حتى يفرض.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا طلب الدخول عليها قبل الفرض فيندب لها أن تمنع نفسها

= حالتين أن يثبت أنه فرض لها وفي هذه يفصل بين كون المفروض صداق المثل أو أقل والثانية أن لا يثبت فرضه لها قبلهما وإنما أدعت ذلك بعدهما وفي هذه لا تصدق مطلقا. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وترضى به... إلخ) أي: ويثبت بالبينة أنها رضيت بذلك قبل الموت أو الطلاق. اهـ.

منه حتى يفرض لها صداق مثلها ويكره لها أن تمكنه من نفسها قبل الفرض وأما إذا لم يرد الدخول عليه فهي بالخيار في طلب الفرض وعدمه.

• ص:

ولزمها إن فرض مهر المثل.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا فرض لزوجته في نكاح التفويض صداق مثلها فإنه يلزمها النكاح[1] بما فرضه لها ولا يلزمه أن يفرض لها صداق المثل بل إن شاء طلق ولا شيء عليه لأن المرأة هنا بمنزلة من وهب سلعته للثواب فإن دفع الموهوب له القيمة للمواهب لزمته وإن لم يدفع له القيمة لم يلزمه فإذا فرض لها صداق المثل أو دونه ورضيت به لزمه ما فرضه.

وبعبارة: لا يلزم الزوج أن يفرض صداق المثل بل له أن يفرض أقل منه فإن رضيت به وإلا قيل: إما أن تزيد وإما أن تطلق وإن شاء طلق قبل الفرض ولا شيء عليه، وكذا لا يلزمه ما فرضه المحكم إن كان المحكم غيره على ما يأتي، ولا يلزمه فرض صداق المثل إن كان هو المحكم كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

كتحكيم الزوج.

• ش:

تشبيه في اللزوم يعني: أنه إذا كان المحكم في الصداق هو الزوج وفرض لها صداق المثل فإنه يلزمها النكاح بما فرض لها ولا يلزمه أن يفرض لها صداق المثل بل إن شاء طلق ولا شيء عليه وأما إذا كان المحكم هو الزوجة أو الغير أي: غير الزوج من أجنبي أو ولي ففي ذلك خلاف أشار له بقوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لزمها) أي: لزمها النكاح بما فرضه واستحقت ذلك المفروض بالموت قبل البناء وتشطر بالطلاق ولا يعتبر رضاها والحاصل: أن اشتراط الرضا محمول على ما إذا كان المفروض لها أقل من صداق المثل وأما إن كان المفروض لها صداق المثل فلا يحتاج إلى رضاها إذ هو لازم لها تستحقه بالموت وتشطر بالطلاق. اهـ.

● ص:

وهل تحكيمها أو الغير لغو والعبرة بالزوج أو لا بد من رضى الزوج والمحكم؟ وهو الأظهر أو العبرة بالمحكم إلا أن يفرض دون مهر المثل فلا يلزمها أو أكثر فلا يلزمه أقوال.

● ش:

يعني: أنه إذا كان المحكم هو الزوجة أو غير الزوج ففي المسألة أقوال ثلاثة:

الأول: أن تحكيمها أو تحكيم الغير لغو لا يلزم الزوج والعبرة بالزوج فإن فرض المثل لزمها ولا يلزمه فرض المثل وإن فرضه المحكم لا يلزمه إلا برضاه. وإلى هذا أشار بقوله: (وهل تحكيمها أو الغير لغو والعبرة بالزوج)؟

الثاني: أنه لا بد من رضى الزوج والمحكم من زوجة أو غيرها فإن رضيا بشيء لزمها ولو أقل من صداق المثل وإن لم يتراضيا على شيء فلا يلزم النكاح وهذا القول هو الأظهر عند ابن رشد وإليه أشار بقوله: (أو لا بد من رضي الزوج والمحكم)؟ وهو الأظهر. والمحكم بفتح الكاف مشددة شامل للزوجة أو غيرها.

الثالث: أن العبرة بالمحكم من ولي أو أجنبي إلا أن يفرض دون مهر المثل فلا يلزم الزوجة وإلا أن يفرض أكثر من صداق المثل فلا يلزم الزوج وأما إذا فرض صداق المثل وهو ما قبل الاستثناء فإنه يلزمها معا ولا يلتفت لرضى الزوج والزوجة وإلى هذا أشار بقوله: (أو العبرة بالمحكم إلا أن يفرض دون مهر المثل فلا يلزمها أو أكثر فلا يلزمه).

وقوله: (أو أكثر) عطف على (دون) أي: أو إلا أن يفرض أكثر.

وقوله: (أقوال) جواب الاستفهام أي: في جواب هذا الاستفهام أقوال فـ(أقوال) مبتدأ محذوف الخبر وكذا نقول في نظائره.

● ص:

وإن فرض[1] في مرضه فوصية لوارث فتمضي للذمية والأمة على الأظهر.

● ش:

قد علمت فيما مر أن المرأة لا تستحق صداق مثلها في التفويض إلا بالوطء لا

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن فرض... إلخ) هذا في الحر وأما العبد فإن ما فرضه في مرضه =

بالموت ولا بالطلاق فإذا تزوج امرأة نكاح تفويض في صحته ثم مرض ففرض لها شيئا في مرضه الذي مات قبل أن يطأها فإن ذلك الفرض وصية لوارث لما سبق من أنها لا تستحقه إلا بالوطء إلا أن يجيزه بقية الورثة فعطية منهم.

وإذا كانت وصية لوارث فيبطل للحرة المسلمة؛ لأنها وارثة وأنها تستحق الميراث إن مات. ويمضي للزوجة الذمية والأمة المسلمة على الأظهر مما في الأصل لأن الذمية والأمة لا يرثان وتنفذ الوصية لهما من الثلث لا من رأس المال ويخاصمان به أهل الوصايا.

وقيل: لا يمضي لهما؛ لأنه إنما فرضه؛ لأجل الوطء ولم يحصل فليس ما وقع منه وصية بل صداق. والموضوع: أنه فرض في المرض ومات قبل الوطء.

وقولنا: (في صحته) احترازا مما لو عقد عليها في المرض فإنه إذا كان كذلك يكون فاسدا أو ولو لم يكن هناك وارث.

وقوله: (فوصية لوارث) أي: حكمه حكم الوصية للوارث فهو تشبيه بليغ بحذف الأداة ووجه الشبه.

• ص:

وإن وطئ فما زاده المسمى على مهر المثل وصية.

• ش:

تقدم أنه إذا فرض شيئا في مرضه لمن نكحها تفويضا يكون ما فرضه وصية لوارث فيبطل جميعه للحرة المسلمة إن لم يطأها وذكر هنا أنه إذا فرض لها في مرضه أكثر من صداق المثل ووطئها فإنها تستحق منه مهر المثل من رأس المال وما زاده على مهر المثل يكون وصية فيجري على ما سبق من ترجيح صحته للذمية والأمة ويبطل للحرة المسلمة إلا أن يجيزه الوارث.

فقوله: (وإن وطأ) الضمير فيه عائد على من سمي في مرضه الذي مات فيه.

والحاصل: أنه إذا فرض لها أكثر من صداق المثل في مرضه ووطأها في المرض

= صحيح لازم ليس بوصية بل هو صداق ولا يقال: هو محجور عليه لأنا نقول: هو مستند لإذن سيده. اهـ.

فإن له منه صداق المثل والزائد عليه وصية يبطل في الحرة المسلمة إلا أن يجيزه الوارث فينفذ من الثلث لا من رأس المال بخلاف مهر المثل فمن رأس المال وإن كانت ذمية أو أمة فيمضي لها الزائد من الثلث على الراجح ومهر المثل تأخذه من رأس المال.

• ص:

ولزم إن صح من مرضه.

• ش:

يعني: أنه إذا فرض لها صداق المثل في مرضه ثم صح من هذا المرض صحة بينة فإنه يلزمه جميع ما فرض لها في مرضه ولو أكثر من صداق المثل ولو لم يطأها ولو ماتت الزوجة ويدفعه لورثتها فهذا تقييد الكلام السابق.

• ص:

ولا عبرة بإبرائها قبل الفرض[1] بخلاف إسقاطها شرطا قبل وجوبه.

• ش:

يعني: أن المرأة إذا أبرأت ذمة زوجها في نكاح التفويض من صداقها كله أو بعضه قبل الفرض وقبل البناء بها فإنه لا عبرة بإبرائها له قبل الفرض والبناء فلا يلزمها هذا الإبراء؛ لأنها أسقطت حقا قبل وجوبه فإذا وطئها لزمه مهر[2] المثل وهذا بخلاف إسقاط المرأة ذات الشرط شرطها قبل وجوبه وبعد حصول سببه وهو العقد فإنه يلزمها على الراجح.

وصورتها: أنه رجلا تزوج امرأة وشرط لها عند العقد عليها أنه لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها أو لا يخرجها من بلدها أو من بيت أبيها ونحو ذلك وإن حصل شيء من ذلك فأمرها أو أمر التي يتزوجها بيدها ثم بعد العقد وقبل حصول الفعل من تزوج ونحوه أسقطت الشرط عن زوجها فإنه يلزمها الإسقاط فإذا تزوج أو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا عبرة بإبرائها... إلخ) وقيل: يلزمها لجريان سبب الوجوب وهو العقد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لزمه مهر المثل) فلو أبرأته بعد الدخول لزمها. اهـ.

تسرئ أو أخرجها فليس لها كلام. ومر الأصل على أنه لا يلزمها الإسقاط وهو خلاف الراجح. وقد سبق أن ذات الشرط[1] إذا قالت قبل حصول الفعل: إن فعله زوجي فقد فارقته لزمها قولها وليس لها بعد الفعل انتقال لغيره.

فقوله: (إسقاطها) مصدر مضاف لفاعله وهو الضمير العائد على الزوجة لا يقيد كونها منكوحة تفويضا أبرأت قبل الفرض بل المراد الزوجة التي زوجت على شرط والمراد بالشرط التعليق نحو: إن تزوجت عليَّ فأمري بيدي. وإسقاطها للشرط يكون بالتخيير كأن تقول: أسقطت شرطي فإذا أسقطته لزمها.

وقوله: (قبل وجوبه) ظرف للإسقاط ووجود الشرط يكون بفعل المعلق عليه كالتزوج والتسري.

والحاصل: أن ذات الشرط إذا قالت بعد العقد: أسقطت الشرط فإنه يلزمها إسقاطه كقولها: إن فعله زوجي فقد فارقته. فإنه يلزمها الفراق إذا فعله.

وبعبارة: إذا شرط الزوج لزوجته الحرة أو الأمة أنه إن تزوج أو تسرئ عليها مثلا فأمرها بيدها فقالت بعد العقد: اشهدوا عليَّ أنه إن فعل زوجي شيئا من ذلك فقد فارقته أو اخترته. فإنه يلزمه الأخذ أو الإسقاط فإذا فعل ذلك فليس لها الانتقال عما التزمته أولا إلى غيره.

● **ص:**

واعتبر في مهر المثل في الفاسد يوم الوطء.

● **ش:**

يعني: أن صداق المثل المتقدم ذكره يقدر باعتبار المماثلة في الصفات التي بها الرغبات عادة كما هو معلوم وهذه الصفات إنما تعتبر فيه يوم الوطء؛ لأنه يوم الفوات إن كان النكاح فاسدا.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ذات الشرط شرطها... إلخ) فلو قال لها زوجها: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك فقالت قبل الزواج: إن تزوج فقد فارقته فإذا تزوج تطلق عليه بمجرد الزواج نظرا لوجود سببه وهو العقد عليها ولا يخفى أنها التزمت المفارقة قبل وجوبها بالزواج ولم يوجد المتوقف عليه وهو الزواج وخلاصته: أنها أسقطت خيارها قبل وجوبه بالزواج وسقط. اهـ.

وكذا وطء الشبهة تعتبر فيه الصفات يوم الوطء بمعنى: أنه ينظر للاتصاف بالأوصاف المعتبرة في مهر المثل يوم الوطء إن كان النكاح فاسدا أو وطء شبهة وأما إن كان النكاح صحيحا فيعتبر الاتصاف بهذه الأوصاف يوم العقد(١) ولو تفويضا على ظاهر المذهب كما في التوضيح.

وقيل: تعتبر في التفويض يوم الحكم أو البناء إذ لو شاء طلق قبل ذلك بلا شيء كما نقله ابن عرفة عن عياض فتحصل أن صداق المثل يعتبر فيه الأوصاف والأوصاف يعتبر وجودها بالمرأة يوم الوطء في الفاسد ويوم العقد(٢) في الصحيح.

والصفات التي بها الرغبات عادة هي الدين والحسب(٣) والنسب والمال والجمال(٤) والبلد فصداق المثل هو ما يرغب به الزوج في مثلها باعتبار هذه الأوصاف فمتى وجدت هذه الأشياء عظم مهرها ومتى فقدت أو بعضها قل مهرها فالتي لا يعرف لها أب ولا هي ذات مال ولا جمال ولا ديانة ولا صيانة فمهر مثلها ربع دينار والمتصفة بجميع صفات الكمال مهر مثلها الألوف والمتصفة ببعضها بحسب ذلك.

وقولنا: (ما يرغب به الزوج مثله) إشارة إلى أن الزوج يعتبر حاله بالنسبة لصداق المثل أيضا فقد يرغب في تزوج فقير لقرابة أو صلاح أو علم أو حلم وفي تزويج أجنبي لمال أو جاه ويختلف المهر باعتبار هذه الأوصاف وجودا وعدما وهذه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يوم العقد) أي: فيعتبر فيه ما ذكر يوم العقد سواء كان نكاح تفويض أو تسمية والفرق بين الصحيح وغيره أن الصحيح منعقد فيجب العوض فيه يوم العقد والفاسد فيهما منحل فالعوض فيه بالقبض والقبض في النكاح الفاسد هو الوطء؛ لأنه المفوت للبضع. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يوم العقد) أي: لأنه منه يجب الميراث. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والحسب) أصل الحسب الشرف بالآباء والأقارب مأخوذ من الحساب؛ لأنهم كانوا إذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوا فيحكم لمن زاد عدده على غيره. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والجمال) أي: حسي وعقلي كحسن خلق وهو يتبع غالبا جمال الصورة. اهـ.

الأوصاف تعتبر في الصحيح يوم العقد وفي الفاسد يوم الوطء كما مر.

و«المص» لم يذكر اعتبار هذه الأوصاف واقتصر على[1] اعتبار الزمن التي تعتبر فيه لشهرة ذلك ولذا قال «الش»: ومعلوم أنه أي: صداق المثل باعتبار صفات الرغبة عادة والمراد (بالدين) التدين أي: المحافظة على أركان الدين من صلاة وصوم والعفة والصيانة لنفسها ولمالها ولماله.

والحسب هو ما يعد من مفاخر الآباء كالكرم والمرؤة والعلم والحلم والصلاح والنجدة والأمانة. واعتبرت البلد؛ لأنه يختلف صداق المثل باختلاف البلاد ويعتبر في الذمية والأمة ما يمكن اعتباره كالبلد والمال والجمال ولا يعتبر فيهما الدين والنسب حيث كان أصولهما كفارا.

وكما يعتبر صداق المثل بالأوصاف المتقدمة يعتبر أيضا باعتبار أخت شقيقة أو لأب موافقة لها في الأوصاف المتقدمة لكن هذا إنما يكون إذا غابت المخطوبة عن مجلس العقد أو ماتت بعد العقد ولم يعلم قدر ما سمي لها وحصل تنازع فيه أو ماتت بعد البناء في نكاح التفويض ولم يكن فرض لها شيئا وحضرت أختها وشهدت البينة أنها مثلها في الأوصاف المذكورة وأن صداقها منظور فيه لتلك الأوصاف فإذا شهدت بذلك جعل لها قدر أختها وأما إذا كانت حاضرة فالمعتبر هي لا أختها كما لا تعتبر أختها إذا كان صداقهما غير منظور فيه للأوصاف المتقدمة ولا يعتبر صداق أمهاتها وخالاتها ولا أخواتها ولا عماتها للأم لأنهن قد يكن من قوم آخرين فقد تكون قرشية وأمها من الوالي وأما العمة الأب فتعتبر.

واعلم أن اعتبار الأخت للأب الموافقة لها في الأوصاف وكذا العمة للأب هو معنى اعتبار النسب في صداق المثل فافهم.

تنبيه:

يجوز للرشيدة في نكاح التفويض أن ترضى بدون مهر المثل، ولو بعد البناء، كان لها أب أو لا، وإذا رضيت لزمها ذلك، وكذا لها ذلك في نكاح التسمية خلافا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على اعتبار الزمن... إلخ) وجه اعتبار الزمن أن رُبَّ زمن شدة تقل فيه الرغبة وزمن خصب تكثر فيه. اهـ.

لما في «خ». وكذا يجوز للسيد والأب في المجبرة الرضى بدون صداق المثل ولو بعد الدخول وأما الوصي فله الرضى بدونه قبل الدخول وإن لم ترض حيث كان نظرا لها لا بعده ولو مجبرا فلا يجوز له الرضى بدونه لتقرره بالوطء فليس الوصي كالأب لقوة تصرف الأب دونه.

وأما البكر المهملة التي لا أب لها ولا وصي ولا مقدم قاض ولا يعلم لها رشد فليس لها الرضى بدون مهر المثل ولا يلزمها رضاها بذلك فلو كانت معلومة السفة فيتفق على أنه ليس لها الرضى.

● ص:

ووجب لمغصوبة وغير عالمة بكل وطء.

● ش:

فاعل (وجب) ضمير يعود على (مهر المثل) أي: وجب صداق المثل للمنصوبة فإذا غصب رجل امرأة على الوطء فعليه صداق مثلها إن كانت المغصوبة حرة وأما الأمة ففي وطئها ما نقصها إن كانت بكرا ولو طائعة والثيب فيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يجب لها ما نقصها إن أكرها لا إن أطاعته فلا شيء لها.

الثاني: لها ما نقصها مطلقا مكروهة أو طائعة.

الثالث: لا شيء في الثيب وأما الحرة فلا فرق فيها بين البكر والثيب ويتعدد المهر على الغاصب بتعدد الوطء كان المكره لها هو أو غيره.

واحترز بـ(المغصوبة) من الطائعة فلا مهر لها؛ لأنها زانية.

وقوله: (وغير عالمة) عطف على (مغصوبة) أي: ووجب صداق المثل لموطوءة غير عالمة يعني: أنه من وطء امرأة غير عالمة لنوم أو إغماء أو جنون أو لظنها أنه زوج أو سيد فإنه يجب لها عليه مهر المثل[1] بكل وطء ولو ألف مرة لغدرها مع تجرئة عليها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مهر المثل... إلخ) وإذا تعدد ما بين الوطآت الموجبة للتعدد واختلف مهر مثلها عند كل وطأة فهل تعتبر الوطأة الأولى وهو ظاهر كلام الأصحاب أو الأخيرة أو الوسطى أو يعتبر مهر مثل وطئه لا المتوسطة أو الأعلى أو الأدنى أو الجميع. اهـ.

فالمراد غير عالمة بـالتعدي وإن علمت بالوطء فيشمل من ظنت أنه حليلها وإذا علمت في أثنـاء الوطء أنه غير حليلها فيخرج على ما يـأتي من اعتبار اتحاذ الجناية التي ينزل فلا مهـر لها أو اعتبارهـا بالإيلاج فلها المهـر حيث أولج قبل علمها وكل هذا ما لم تعـالج في التخلص منه وتعجز عن الخلاص وإلا فلهـا المهر قطعا؛ لأنها مغصوبة أفاده «حش».

واحترز (بغـير العالمة) عـن العالمة بـأنه أجنبي وأطاعـته فإنها زانـية لا شيء لها وتحد فقـول «الش»: (لا طائعة) محترز المغصوبة وغـير العالمة وهو اختصار لطيف في محترز الأمرين فإن غير العالمة لا توصف بالطوع وإنما سقط مهر الطائعة؛ لأنها أتلفت سلعتها باختيارها ولحديث: (وللعاهر الحجر)[1].

والباء فـي قوله: (بكل وطء) للـسببيـة فتفيـد أن الصداق علـى الواطئ ولـو كان مكـرها فقول «الـش»: فالصداق علـى الواطئ ولو مكـرها تفريع علـى ربط الصداق بالوطء المأخوذ من باء السببيـة وإنما كان الصداق على الواطئ ولو كان مكرها لأن انتشاره دليل على اختياره ويحد الواطئ المكره بالفتح على قول الأكثر كما يأتي في باب الزنى.

نعـم إن أعدم المكـره أخذت مـهر مثلهـا ممن أكـرهه ولا يرجع به علـى الواطئ والمهر لصاحبة البضع لا لحليلها؛ لأنه لا يملك منفعة بضعها وإنما يملك الانتفاع فقـط، بنفسه وتقدم أنه يجب الـمهر للمغصوبـة وغير العالمة بـكل مرة وتعتبر المرة بالإنزال كما استظهره «عج» وتبعه «عب» وفاقا للشافعية.

فمن أولج ثـم أخـرج ذكره ثم أولج فأنـزل فلا يحسب عليه إلا مـرة وكذا لو أولج مـرارا وأنزل آخـر مرة فيحـسب عليه مـرة واحدة ويـنبغي أن مثل الإنـزال في تعدد المهر طـول الزمان بين الإيلاجين جدا بحسب العرف فإذا أولج ذكره ثم أخرجه قبل الإنزال وطال ثم أولـج بحيث لا يعد الإيلاج الثاني مع الأول وطئا واحدا في العرف فيتعدد المهر ولو لم ينزل بعد الإيلاج الأول.

وقيل: أن المـرة تعتبر؛ بـالإيلاج؛ لأنه المـوجب للـمهر والغـسل وغير ذلك من

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٥٠)، ومسلم (١٤٥٨).

الأحكام وبحث فيه بأنه وإن كان الموجب لما ذكر هو الإيلاج لكن الاتحاد والتعدد شيء آخر.

واستظهر «حش» أنه يعتبر اتحاد الجناية وتعددها عرفا فإذا انفلت ذكره أثناء الوطء وأعاده بسرعة فهو وطء واحد عرفا وإذا قلنا: إن المعتبر الإيلاج تعدد والمهر وإن طال جدا ثم أعاده تتعد أيضا لتعدد الجناية عرفا.

ومحل الخلاف ما لم يخرج المهر للإيلاج الأول قبل الثاني وإلا تعدد قطعا كالكفارة هذا توضيح «الش» وملخص ما في «حش».

ثم استثنى من وجوب المهر بكل وطء قوله:

● ص:

إلا أن يظنها زوجة أو أمة فواحد.

● ش:

يعني: أنه يتعدد المهر للمغصوبة وغير العالمة بتعدد الوطء إلا أن يظنها زوجته أو أمته فعليه مهر واحد لاتحاد الشبهة باعتبار الشخص والنوع فإذا وطء أجنبية مرارا يظنها في كل مرة أنها زوجته أو أمته فعليه مهر واحد إلا أن يتخلل الوطأين أو الأكثر عقد صحيح في الموطوءة أو في التي اشتبهت بها فيتعدد المهر بتعدد الوطء كما في محشي الخرشي.

مثال الأولى: وهو تخلل العقد في الموطوءة أن يطأها ظانا أنها زوجته ثم استبرأها وعقد عليها عقد صحيحا وطأ بعده أو لا ثم فارقها ثم وطئها بعد الفراق ظانا أنها زوجته فيتعدد المهر لأن تخلل العقد بين الوطئين جعل لهما حكمين متعددين.

ومثال الثانية: وهي التي اشتبهت بها الموطوءة أن يطأها أنها زوجته فاطمة ثم طلق فاطمة وخرجت من العدة وعقد عليها عقدا صحيحا وإن لم يطأها ثم وطأ التي اشتبهت[1] بها أو لا ظانا أنها فاطمة أيضا فيتعدد المهر فالمراد عقد صحيح لذلك

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (التي اشتبهت بها... إلخ) واعلم أن اتحاد الشبهة وتعددها لا يعلم إلا من قول الواطئ فيقبل قوله فيهما بغير يمين. اهـ.

الواطئ كما مثلوا به وإن لم يحصل منه وطء.

تنبيهات:

الأول: قوله: (إلا أن يظنها زوجته) راجع للمغصوبة وغير العالمة جميعا أما غير العالمة كالنائمة مثلا فظاهر أنه قد يظنها زوجته وأما المغصوبة فلأن الزوجة قد تكون مانعة له من الوطء فيغصب امرأة في ظلام مثلا يظنها أنها زوجته ويطأها مرارا فيكون عليه مهر واحد.

الثاني: تناول ظن الزوجة الذي لا تعدد فيه من قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها ووطأها فعليه صداق واحد على المشهور والقياس يقتضي أنه يلزمه صداق ونصف.

الثالث: من وطأ امرأة وطأ واحدا ظنها في أوله زوجته ثم في أثنائه ظنها أمته ثم علم الزنى آخره فعليه مهر واحد ولا ينظر لاختلاف الظنون لأن الجناية واحدة.

ثم بالغ على اتحاد المهر حيث ظنها زوجته أو أمته فقال:

● **ص:**

ولو فلانة ثم فلانة.

● **ش:**

يعني: أن من غلط في امرأة ووطئها مرارا فلا يتعدد عليه المهر إذا ظنها زوجته هند أو أمته ودعد في كل مرة بل ولو ظنها في المرة الأولى أنها زوجته أو أمته فلانة ثم ظنها في الثانية أنها زوجته أو أمته فلانة الأخرى وهكذا فلا يتعدد عليه المهر بتعدد الشخص متى اتحد نوع الشبهة من ملك أو نكاح فلو كان لوطئ الشبهة أربع زوجات ووطأ أجنبية حرة مرة يظنها زوجته كلثوم وفي الثانية يظنها زوجته عائشة وفي الثالثة يظنها زوجته فاطمة وفي الرابعة يظنها زوجته زينب فلا يتعدد عليه المهر بتعدد الظنون؛ لأنه نوع واحد لأن ما كان بالتزويج فهو نوع ولو تعدد المحل وما كان بالملك فهو نوع آخر ولو تعدد المحل فمتى اتحد نوع الشبهة اتحد المهر ولو تعدد الشخص بخلاف ما إذا تعدد نوع الشبهة فيتعدد المهر كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

لا زوجة ثم أمة أو عكسه.

● ش:

عطف على قوله: (ولو فلانة ثم فلانة) أي: أنه إذا تعدد نوع الشبهة فإنه يتعدد المهر بتعدده فإذا وطء امرأة يظنها في الأولى زوجته وفي الثانية أمته أو عكس ذلك بأن ظنها في الأولى أمته وفي الثانية زوجته فعليه صداقان في كل من الصورتين لتعدد نوع الشبهة.

والحاصل: أن من غصب امرأة أو وطأها غير عالمة فإنه يتعدد عليه المهر بتعدد الوطء إلا إذا ظنها زوجته أو ظنها أمته فعليه مهر واحد ولو ظنها في مرة أنها زوجته أو أمته هند وفي مرة أخرى دعد وأما إذا ظنها في مرة أنها زوجته هند وفي مرة أخرى أنها أمته سعدة أو عكسه فعليه مهران.

وأما العالمة الطائعة فهي زانية لا مهر لها وتحد وعلم من ذلك أن الأقسام أربعة:

- علمهما معا وهو زنى من الطرفين لا شيء لها وعليهما الحد.
- علمها دونه وهو زنى لا شيء لها وتحد.
- جهلهما معا وفيه المهر ويتعدد إن تعددت الشبهة لا إن اتحدت ولا حد عليهما.
- علمه دونها فهو زان يحد وعليه المهر ويتعدد بتعدد الوطء.

وفهم من كلامه أن الموطوءة واحدة في جميع ما تقدم ولو تعددت الموطوءة لتعدد عليه المهر بتعددها اتحدت الشبهة أو تعددت فإذا وطأ أربعة من النساء يظن أن كل واحدة منهن واحدة من زوجاته أو إمائه أو يظن الجميع زوجته أو أمته تعدد عليه المهر فيدفع لكل واحدة مهرا وإذا وطئ عشرة يظنهن إمائه فعليه عشرة أصدقة وإذا وطأ ذكرا يظنه زوجة أو أمة فلا شيء عليه وإن تعمد حد ويؤدب إذا ظنه زوجته وتعمد الوطء في الدبر.

تنبيه:

يجوز في النكاح شرط: أن لا يضر بها الزوج في عشرتها أو كسوتها أو سكناها

ونحو ذلك ويكره شرط: أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرئ عليها ونحو ذلك. وإذا جعل زوجته الأمة بيد مولاها فمات مولاها انتقل لوارثه وإن جعله بيد غير مولاها فمات انتقل إليها ولو شرط للزوجة في العقد أنها مصدقة في الضرر بغير يمين فروئ سحنون أخاف أن يفسخ قبل البناء فإن دخل مضئ ولا يقبل قولها إلا ببينة على الضرر. وحكى عن ابن رحون أنه كان يفتي بأن ذلك الشرط لا يلزم وقد تقدم غالب ذلك.

● ص:

ولا أتسرى كلا أطأ سرية فيلزم في السابقة بخلاف لا أتخذ.

● ش:

يعني: أن قول الزوج: (لا أتسري) كقوله: لا أطاء سرية في أنه يلزم في السابقة؛ يعني: أنه إذا شرط لزوجته عند العقد أنه لا يتسرئ عليها[1] أو لا يطأ سرية وإن فعل ذلك كانت السرية حرة أو كانت الزوجة طالق أوأمرها بيدها والحال أن في ملكة سرية فإن ذلك الشرط يلزمه في السرية السابقة في الصورتين فليس له وطء السابقة على العقد وأولى اللاحقة للعقد هذا مذهب ابن القاسم.

وقال سحنون: إن لفظ لا أتسرئ لا يلزمه في السابقة فله وطؤها لأن من وطأ بعض جواريه يوما لا يقال: عرفا تسرئ فلان اليوم على زوجته.

والحاصل: أنه إذا قال: لا أطأ سرية أو أم ولد[2] يلزم في السابقة واللاحقة باتفاق ابن القاسم وسحنون.

وأما إذا قال: لا أتسرئ فهل يلزمه في السابقة على العقد فلا يطأها أو لا يلزمه فيها فله وطؤها؟ خلاف فشبه «المص» المختلف فيه بالمتفق عليه.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بغير يمين) أي: فيكون لها ذلك فإن قال: بيمين حلفت كذلك وإن أطلق فهل تحلف أو يقبل قولها بغير يمين قولان. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو أم ولد... إلخ) ويتصور كون أم الولد لاحقة بالنظر لوقت الحلف كما لو طلق المحلوف لها غير بتات ثم أولد أمة بعد طلاقها ثم راجعها ثم وطأ التي أولدها فيلزمه ما علقه على وطئها ما دام في العصمة المعلق فيها شيء فقد اتضح أنه يتصور وطأ أم الولد لاحقة؛ أي: متجددة بعد الحلف وإن كانت سابقة حين الوطئ. اهـ.

وقوله: (بخلاف لا أتخذ) معناه: أنه إذا شرط عليه أنه لا يتخذ سرية فإنه لا يلزمه في السابقة، ويلزمه في اللاحقة وقال «حش»: الأليق بعرفنا لزومه في السابقة.

وقال بعضهم: لو قال: لا أتسرى قرني. لزمته اليمين لأن القصد لا يطأ غيرها وقد وطأ لكن هذا بعيد من العرف.

فائدة:

لفظ: سرية بكسر السين المهملة مأخوذ من السر بالكسر بمعنى الوطء وقد تضم على غير قياس فرقا بين الأمة والزوجة المنكوحة سرا فإنها تسمى سرية بالكسر وقيل: الضم قياس أيضا مأخوذ من السر بالضم بمعنى السرور لأن مالكها يسر بها.

• ص:

ولها القيام ببعض الشروط.

• ش:

الباء السببية أي: لها القيام بسبب فعل الزوج بعض شروط شرطت عليه عند العقد وعطفت بالواو؛ يعني: أن الزوج إذا شرط لزوجته عند العقد شروطا متعددة كأن لا يتزوج ولا يتسرى عليها ولا يخرجها من بلدها وإن فعل[١] فأمرها بيدها فخالف وفعل البعض من هذه الشروط فإن للزوجة القيام عليه ببعض هذه الشروط إن شاءت فتأخذ بحقها وإن شاءت المقام معه فلها ذلك. هذا إذا قال عند العقد إن فعل شيئا منها فأمرها بيدها.

قال الأصل: ولو لم يقل إن فعل شيئا منها بأن قال: وإن فعل ذلك فأمرها بيدها فهو من باب التحنيث[٢] بالبعض.

ونظيره قوله تعالى: ﴿وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ [الفرقان:٦٨]، فإن نفي الآثام يترتب على بعض الأمور السابقة في الآية من الزنى وقتل النفس فلا يتوقف نفي الآثام على فعل الجميع.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن فعل شيئا... إلخ) أي: إن فعلت شيئا منها ولو نوى التعليق على فعل الجميع فلا تنفعه نية. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهذا من باب التحنيث) أي: من قبيله لا أنه هنا تحنيث. اهـ.

وخالف الناصر في الثاني وهو ما إذا لم يقل: إن فعل شيئا منها بأن قال: إن فعل ذلك فلا خيار لها إلا بفعل[١] الجميع.

وقولنا: وعطفت بالواو احترازا عما إذا عطفت بأو فإن العطف بها بمثابة قوله: إن فعل شيئا منها بلا خلاف.

● ص:

وملكت بالعقد نصفه.

● ش:

يعني: أن الزوجة تملك بمجرد العقد عليها نصف الصداق على الراجح ويتكمل بالدخول أو الموت وعلى هذا فالمشطر هو نفس العقد لا الطلاق. وقيل: إنها لا تملك بالعقد شيئا.

والطلاق قبل الدخول[٢] هو المشطر للصداق فزيادته ونقصه له وعليه فإذا طلق قبل البناء وقد تلف الصداق فإنه يدفع لها قيمة نصفه وقيل: تملك الجميع بالعقد فالنقص والزيادة لها وعليها.

ثم فرع على الأول قوله:

● ص:

فالغلة والنقص لهما وعليهما.

● ش:

قوله: (لهما) راجع لـ(الغلة) وقوله: (وعليهما) راجع للنقص فهو لف ونشر مرتب؛ يعني: أن المرأة إذا كانت تملك بالعقد نصف الصداق فالغلة الحاصلة منه كأجرة وثمرة وصوف وسمن ولبن لهما مناصفة إذا طلقها قبل الدخول وإذا حصل فيه نقص بموت أو ضياع أو أتلف فالنقص عليهما معا.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا بفعل الجميع) ويجاب بأن الآية فيها نهي بمتعدد وما هنا شروط. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والطلاق قبل الدخول هو المشطر) أي: موجب للتشطير وليس المراد ظاهر العبارة من كون الطلاق مشطرا؛ أي: قسم الصداق بينهما بعد أن كان لهما معا. اهـ.

ومحل ذلك إن كان الصداق مما لا يغاب عليه أو قامت على هلاكه بينة فإن كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة وتلف بيدها فإنها تضمنه؛ لأنه بيدها كالعارية.

ولما كان النتاج بينهما على كل قول لم يفرعه على القول الراجح الذي مشى عليه بل شبهه بما قبله[١] فقال:

• ص:

كالنتاج.

• ش:

يعني: أنه إذا كان الصداق من المواشي أو الدواب فنتجت قبل الطلاق فإن النتاج يكون بينهما قطعا؛ لأنه كالجزء من الأمهات ولا يدخله الخلاف والأصل فرعه على القول الأول خاصة وهو لا يناسب.

• ص:

وعليها إن طلقها قبل البناء نصف قيمة ما وهبته أو أعتقته يومهما.

• ش:

يعني: أن المرأة إذا وهبت شيئا من الصداق أو أعتقته ثم طلقها قبل البناء فإنها تغرم للزوج نصف قيمة ما وهبته أو أعتقته وتعتبر القيمة يومهما أي: يوم الهبة والعتق؛ لأنه يوم الإتلاف لا يوم القبض فقوله: (يومهما) ظرف للقيمة أي: لاعتبارها فإن كانت مثليا غرمت له نصف المثل.

• ص:

ونصف الثمن إن باعت فإن حابت رجع عليها.

• ش:

(نصف) معطوف على (نصف) السابق أي: وعليها نصف الثمن إن باعت؛ يعني: أن المرأة إذا تصرفت في الصداق رقيقا أو غيره بالبيع ثم طلقها قبل البناء فإنها تغرم للزوج نصف الثمن الذي وقع به البيع إن لم تكن حابت في البيع فإن

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بما قبله) أي: بالغلة. اهـ.

حابت رجع عليها أيضا بنصف المحاباة ولا يرجع في نصف العبد وإن كان قائما بخلاف محاباتها في إسلام العبد الجاني في أرش الجناية فإن له رفع نصف الأرش ويرجع في العبد إن كان قائما.

فإن قلت: لِمَ لَمْ تجعل المرأة في بيعها نصف الزوج فضولية ويتوقف بيعها فيه على إجازة الزوج؟

أجيب بأنها لم تجعل فضولية؛ لأنه قيل أنها تهلك الكل بالعقد كما قدمنا فروعي هذا القول.

والحاصل: أن تصرفها في المهر بالبيع أو الهبة أو العتق ونحو ذلك لازم ولا تجعل فضولية في نصف الزوج حتى يخير في الإجازة والرد إلا إذا أعتقت العبد وأعسرت فله رد العتق وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

ولا يرد العتق إلا أن يرده الزوج لعسرها يومه.

● ش:

يعني: أن الصداق إذا كان عبدا فأعتقته الزوجة المالكة أمر نفسها فإن العتق الواقع منها لا يرد لتشوف الشارع للحرية إلا أن يرده الزوج لعسرها يوم العتق فيرد للعسر وأما عسرها أو يسرها قبل يوم العتق فلا ينظر له، وكذا له الرد إذا زادت قيمة العبد على ثلثها كهبتها وصدقتها به، وإنما اقتصر على العسر[1] لأجل ما رتبه عليه وهو قوله:

● ص:

ثم إن طلقها عتق النصف بلا قضاء.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا رد العتق لعسرها ثم طلقها قبل البناء وهو بيدها فإنها تؤمر بعتق النصف الذي وجب لها بالطلاق لزوال المانع وهو حق الزوج لكن تؤمر بذلك بلا قضاء عليها نظرا لعسرها يوم العتق وما انبنى عليه من رد الزوج.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإنما اقتصر على العسر... إلخ) أي: أن قول المصنف: لعسرها ليس هو العلة بل العلة عدم حمل الثلث لأن الذي يرد العتق لعسرها إنما هو الغرماء لا الزوج. اهـ.

وبعبارة: المراد بعتقها له أنها تؤمر برفع يدها عنه بلا تجديد صيغة عتق وإنما لم يقض عليها بالعتق لأن رد الزوج رد إيقاف على مذهب الكتاب.

وقال أشهب: رد إبطال فلا يعتق منه شيء وإذا رد العتق مع تشوف الشارع للحرية فأولى الهبة والصدقة ونحوهما لكن الرد في ذلك رد إبطال فإذا طلق أو مات بقي ملكها لها ولا تؤمر بإنفاذه وأما رد الحاكم لعتق المدين فرد إيقاف ورد الولي لأفعال المحجور رد إبطال باتفاق وإذا أمرت بالعتق وأجابت فهل يكمل عليها(١) الباقي أو لا؟ محل نظر أشار له الحطاب أما لو كانت موسرة يوم العتق وطلق الزوج قبل البناء عتق عليها الباقي بالسراية.

ولما قدم ما يتقرر به الصداق وما يسقط به ذكر ما يتشطر به فقال:

● **ص:**

وتشطر بالطلاق قبل المس.

● **ش:**

فاعل (تشطر) ضمير يعود على الصداق؛ يعني: أن الزوج إذا طلق زوجته قبل الدخول فإنه يتشطر الصداق بهذا الطلاق لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧]، وهذا شامل لصداق التسمية والتفويض إذا فرض لها صداق المثل أو ما رضيت به قبل الدخول.

ومعنى: (تشطر) تنصف والتشطير ظاهر على أنها تملك بالعقد الجميع وأما على أنها(٢) تملك بالعقد النصف وهو الراجح.

فمعنى: (تشطر) تحتم تشطيره بالطلاق وكان قبل ذلك معرضا للكمال بالدخول أو الموت وأما على القول بأنها لا تملك بالعقد شيئا فظاهر أيضا لأن التشطير إما

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فهل يكمل عليها الباقي) أي: إذا كانت موسرة وهو الظاهر وإنما لم يحكم بالتكميل مع اليسار؛ لأنه لما لم يقض به ضعف أمرة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأما على أنها تملك بالعقد نصفه... إلخ) هذا مشكل؛ أي: التشطير بالطلاق؛ لأنه متشطر قبل الطلاق إلا أن يقال: إن المراد تمييزه عن النصف الثاني أو تحتم تشطيره بالطلاق كما أجاب به الشارح. اهـ.

من ملكه أو من ملكها.

• ص:

كمزيد فيه بعد العقد.

• ش:

هذا تشبيه في التشطير وضمير (فيه) الصداق؛ يعني: أن الزوج إذا زاد لزوجته زيادة في صداقها بعد العقد ثم طلقها قبل البناء فإن المزيد في الصداق يتشطر بالطلاق قبل المس كالصداق؛ لأنه ما ألزم نفسه ذلك إلا على حكم الصداق كان المزيد من جنس الصداق[1] أو لا اتصف بصفاته من حلول أو تأجيل أو لا قبضته أو لا أجرى له مجرى الصداق من هذه الحيثة.

وأما لو مات أو فلس قبل قبضة فيبطل فحكموا له بحكم العطية في هذه الحالة فلم يكن كالصداق من كل وجه.

ومعنى الزيادة في الصداق: أن يقال له: ما جعلته من الصداق ووقع عليه التراضي هو قليل بالنسبة للزوجة أو تقوم قرينة على ذلك فيزيد لها فيه شيئا وإذا كان المزيد بعد العقد يتشطر فأولى المزيد في العقد أو قبله؛ لأنه لا يتوهم فيه أنه ليس بصداق.

قال «دك»: وأما المزيد بعد العقد للولي[2] فهو له ولا يتشطر فتأمله فإن الذي يظهر أن هذا من قبيل الهدية للولي لا من المزيد في الصداق.

ثم عطف على مزيد قوله:

• ص:

وهدية لها أو لغيرها قبل العقد.

• ش:

يعني: أن الهدية كالفواكه والحلوى والسكر والبن والخمار والعمامة والخاتم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من جنس الصداق) أي: من جنس ما سماه صداقا. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إجراء له... إلخ) علة لقوله: (أو لا) أي: وإنما تشطر المزيد بعد العقد بالطلاق إذا لم تقبضه إجراء له مجرى الصداق من جهة أنه ما ألزم نفسه ذلك إلا على أنه صداق. اهـ.

والنشان المعروف بمصر تشطر بالطلاق قبل المس إذا شرطت قبل تمام العقد بأن اشترطت قبله أو فيه لأن الشرط إنما يكون قبل تمام العقد لا بعده وسواء اشترطت الهدية لها أو لغيرها كان الغير وليها أو لا كأمها وأختها وخالتها.

وكذا تشطر الهدية لها أو لغيرها إذا هديت من غير شرط قبل العقد أو حاله؛ لأنها مشترطة حكما لأن ما كان قبل تمام العقد سبيله سبيل الاشتراط ولو لم يصرح بالشرط.

فالمراد بالاشتراط حقيقة أو حكما[١] وأما الهدية[٢] بعد العقد فقيل: تختص بها وقيل: تتشطر كما يأتي الخلاف في ذلك وأما ما أهدي للولي أو[٣] غيره بعد العقد فهو له يختص به ولا يتشطر بالطلاق كما يأتي أيضا وإذا فسخ النكاح لا يرجع عليه[٤] به.

● ص:

ولها أخذه منه إلا أن تجيز رشيدة.

● ش:

تقدم أن الهدية لها أو لوليها أو غيره إذا وقعت في العقد أو قبله تشطرت وذكر هنا أنه إذا تشطرت وأخذ الزوج نصفها من الولي أو غيره فإن الزوجة تأخذ النصف الآخر من المهدئ له من ولي لو غيره إلا أن تجيزه للمهدي له وهي رشيدة فلا تأخذه منه فالمراد أنها تأخذ من المهدئ له النصف فقط وليس المراد أنها تأخذ منه الجميع ثم يرجع الزوج عليها بنصفه لأن الإهداء لم يكن منها.

قال «خ»: وإنما لم يرجع الزوج عليها لأن أصل الإعطاء ليس منها وإنما هو من

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو حكما) أي: كجريان العرف. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأما الهدية بعد العقد... إلخ) حاصل ذلك أن الهدية متى كانت قبل العقد أو حينه فإنها تشطر سواء اشترطت أو لا كانت لها أو لغيرها وإن كانت بعد العقد ولا تكون مشترطة فإن كانت لغيرها فلا تشطر وإن كانت لها فروايتان. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للولي) أي: كالبلصة في بلاد الأرياف. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا يرجع عليه به) أي: لأنه لما حصل بعد تمام العقد فكأنه ليس لأجل النكاح. اهـ.

الزوج للمهدئ له فلا يعارض[١] هذا ما مر من أنه يرجع عليها بنصف قيمة الموهوب.

وبعبارة: للمرأة أخذ ذلك المشترط في العقد أو قبله ممن اشترط له ولو لم تطلق فإذا أجازته للمشترط له ثم طلقت قبل البناء.

فقال ابن حبيب: يرجع الزوج بالنصف على وليها أبا أو غيره كانت مولى عليها[٢] أو لا ولها هي أخذ النصف الآخر إن كانت مولى[٣] عليها هذا حكم الهدية قبل العقد وأما حكمها بعده فأشار له بقوله:

● **ص:**

وما أهدي للولي بعده له وإن فسخ وفي تشطير هدية لها بعد العقد أو لا شيء له ورجح قولان.

● **ش:**

يعني: كما أن ما أهدي للولي أو غيره بعد العقد فهو له يختص به ولو فسخ النكاح قبل البناء لفساده فليس للزوج ولا للزوجة أخذه منه وأولى يكون له إذا لم يفسخ بل طلق الزوج اختيارا قبل البناء وأولى إذا طلق بعده.

وأما ما أهدي للزوجة بعد العقد وقبل البناء تطوعا فهل يتشطر بالطلاق قبل البناء ويرجع الزوج[٤] عليها بنصفه أو لا يتشطر فلا يرجع الزوج عليها بشيء وإن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يعارض... إلخ) وذلك لأن الذي مر الإعطاء منها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مولى عليها أم لا) أي: لأنه كشف الغيب أنها أعطت شيئا لم تملكه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن كانت مولى عليها) أي: لأن المولى عليها إجازتها كالعدم وأما الرشيدة فإجازتها ماضية فلا ترجع حيث أجازت وأما إن لم تجز فترجع. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يرجع الزوج... إلخ) أي: بنصفه وأولى إذا لم يجز فإن الزوج يرجع على وليها أو غيره يأخذ منه نصف ذلك المشترط. والحاصل: أن المرأة إذا طلقت قبل البناء وقلنا: يتشطر ما أخذه وليها من الهدية المشترطة له حين العقد أو قبله فلها أن ترجع على وليها وتأخذ منه النصف وللزوج النصف الآخر يأخذه من الولي وليس للزوج مطالبتها بالنصف الآخر الذي أخذ الولي لأن الإعطاء للولي ليس منها وإنما هو من الزوج وحينئذ فيتبعه به. اهـ.

كانت الهدية قائمة بيدها لم تفت في ذلك قولان رجح الثاني منهما لأن الطلاق باختياره فإن بنى بها[١] فلا شيء له منها قطعا ولو كانت قائمة وهذا في النكاح الصحيح إذا طلق قبل البناء.

وأشار للفاسد بقوله:

● **ص:**

وأخذ القائم منها إن فسخ قبل البناء.

● **ش:**

يعني: أن لزوج إذا أهدى لزوجته هدية بعد العقد وقبل البناء ثم فسخ النكاح قبل البناء للفساد فإن للزوج أن يأخذ القائم من الهدية ولو تغير؛ لأنه مغلوب على الفراق وضاع عليه ما فات منها.

أما إذا فسخ[٢] بعد البناء فلا يأخذ شيئا من الهدية وإن كانت قائمة بيد الزوجة لم تفت؛ لأنه انتفع هذه المرة والفسخ كالطلاق حادث.

بقي شيء آخر وهو أن تشطير الهدية يوجب للزوج أخذ النصف منها وهذا مخالف لما سبق من أن الهدية لا يرجع بها مطلقا أو إن كان الرجوع من جهته عند صاحب البيان.

وأجيب: بأن ما تقدم لم يحصل عقد أصلا وهنا حصل العقد. ورد بأن الذي لم يعقد أصلا أولى بالرجوع ممن عقد وطلق قبل البناء ولأن من طلق قبل البناء تمكن من غرضه في الجملة ثم اختار الطلاق.

والأحسن في الجواب أن يحمل ما هنا على ما كان قبل العقد من مقدماته التي تشترط فهي في معنى الصداق كالخاتم والنشان المعروف بمصر ويحمل ما سبق على هدية المودة كالفواكه وما يرسل لها في المواسم ونحو ذلك.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإن بنى بها) أي: ثم طلقها فلا شيء له ولو قائمة؛ أي: باتفاق؛ أي: لأن الذي أهدي لأجله قد حصل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أما إذا فسخ بعد البناء... إلخ) فرض ذلك كله أنها قبضت الهدية أما إذا لم تقبضها فلا شيء لها منها. اهـ.

● ص:

وقضي بالعرف في الهدية والوليمة وأجرة الماشطة على الأظهر.

● ش:

قوله: (على الأظهر) راجع للثلاثة؛ يعني: أن الزوجة إذا طلبت من الزوج الهدية التي تهدى عرفا بعد العقد وقبل البناء كالنشان المعروف في مصر المشتمل على طربوش وخف ومنديل وسكر وبن وغير ذلك وأبى الزوج من ذلك فإنه يقضي بينهما بما جرى به العرف وكذا ما يهدى لها في المواسم كعيد الفطر والأضحى وإذا قضي بالعرف فأولى يقضى بالشرط وهو مقدم على العرف.

وإذا قضي بالهدية لعرف أو شرط جرت مجرى الصداق فتتكمل بالموت وتتشطر بالطلاق. وقيل: تسقط بهما إذا لم تقبض وإذا لم يقض بها لعدم جريان العرف والشرط فهي هبة لا بد فيها من الجواز، وتكون كالهبة المتطوع بها[1] بعد العقد فإن حيزت وطلق قبله فالراجح[2] لا شيء له كما مر.

وأما ما أهداه الزوج لزوجته بعد البناء فكالهبة على دوام العشرة وسيأتي ذلك.

قال ابن سلمون: يقضى على المرأة بكسوة الزوج إن اشترطت أو اعتيدت.

لكن قال في العاصمة:

وشرط كسوة من المحظور للزوج في العقد على المشهور

وعللوه بأن فيه الجمع بين البيع والنكاح. قال ابن الناظم في شرحها: ما لابن سلمون خلاف المشهور ولكن جرى به العمل وهي المتعارفة في مصر بالبدلة ليلة البناء وفي نظيرها دراهم يسمونها كشف وجه ذكره «حش».

ورأيت في المدخل أن إعطاء الزوج دراهم للزوجة عند الدخول لا يجوز؛ لأنه يشبه فعل أهل الفسوق وكذا يقضى بالعرف في الوليمة وهي طعام العرس فإن جرى

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (المتطوع بها... إلخ) فإن مات الزوج أو فلس قبل قبض ذلك فإنه يسقط؛ لأنه عطية لم تقبض. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فالراجح... إلخ) ومقابله أن ذلك يتشطر فيرجع الزوج عليها بنصفها إن كانت قائمة وبنصف قيمتها إن فاتت. اهـ.

بهـا العرف[١] قضي بها على الـزوج إذا طلبتها منه الزوجة قـال ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: (أولم ولو بشاة)[٢].

فبعضهم حمل الأمر على الوجوب وبعضهم على الندب وكذا يقضى بالعرف في أجره الماشطـة على الجلوة المعتادة وكذا أجـرة ضارب الدف والكبر وأجرة الحمام ونحـو ذلك فكل ذلك يجري على المـتعارف بين الناس فإن جـرى بأنه على الزوج قضي به عليه وإلا قضي به عليها. والشرط أولى من العرف في جميع ذلك.

● **ص:**

وتعين للتشطير ما اشترته من جهازها أو منه.

● **ش:**

قوله: (من جهازها) بيـان (لما) وقوله: (أو منه) عطف عـلى (من جهازها) يعني: أن الزوج إذا دفع لزوجته صداقهـا عينا فاشترت بها جـهازها أي: ما يصلح أن يكون جهاز لها كفرش وغطاء ووسائد وثـياب وأواني وغير ذلك مما هو عادة جهاز أمثالها فإنه يتعين للـتشطير إذا طلقها قبل البـناء سواء نمى أو نقص ومـن طلب منهما قيمة الدرهم والـدنانير لا يجاب لذلـك إلا برضاهما معـا وكذا إذا اشترت الجهاز من غير الصداق بأن اشترتـه من أصل ما لها فإن يتعين للتشطير ولا يجاب واحد منهما لقيمة الأصل إلا برضى الآخر.

وكذا إذا اشترت السلع من الزوج بعد أن دفع لها الصداق عينا فإنه يتعين للتشطير فليس له طلبها بتشـطير الأصل[٣] وليس لها جبره على تـشطير أخذ شطر الأصل إلا بتراضـيها وسواء كان من اشترته من الزوج صـالحا للجهاز أو لا كعبد أو دار أو فرس ونحو ذلك وسواء قصدت بالشراء من زوجها التخفيف[٤] عليه أو لا عند الأكثر.

---

(١) جـاء على هامش المخطوط: قـوله: (إن جرى بها العرف... إلخ) أي: قضي بهـا اتفاقا ويرجع للعرف في عملها في بيت الزوج أو الزوجة. اهـ.

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٤٩)، ومسلم (١٤٢٧).

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بتشطير الأصل) أي: وهي الدراهم والدنانير التي دفعها لها الزوج واشترت بها تلك السلع. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (التخفيف عنه) أي: بعدم إلزامه العين المسماة للصداق. اهـ.

وقيل: محل تعيين التشطير فيما اشترته من الزوج إذا قصدت بالشراء منه التخفيف عنه والرفق به لا الرغبة في المشترى بفتح الراء وعليه لو قصدت بالشراء منه كما تشتري من الغير لرجع الزوج عليها نصف الأصل وإذا جهل قصدها حمل على التخفيف.

وأما إذا اشترت من غير الزوج ما لا يصلح للجهاز كالعبد والفرس والدار فلا يتعين للتشطير والكلام لمن أراد قسمة الأصل.

فقوله: (أو منه) أي: من الزوج ولو لم يصلح لجهازها، فأضاف الجهاز لضميرها إشارة إلى أن ما اشترته من غير الزوج لا يتعين للتشطير إلا إذا كان صالحًا لجهازها، ثم عطف عليه قوله: (أو منه) أي: من الزوج إشارة إلى أن المشترى من الزوج يتشطر مطلقًا، صلح للجهاز أو لا.

تنبيه:

إذا هلك الصداق بموت أو حرق أو سرقة أو تلف بغير تفريط فإن ثبت هلاكه ببينة أو إقرار الزوجين فإن ضمانه منهما كان مما يغاب عليه أو لا، كان بيد الزوج أو الزوجة أو غيرهما، فإذا طلقت قبل البناء فلا رجوع لأحدهما على الآخر ويحلف من كان بيده أنه ما فرط إن اتهم، وكذا يكون ضمانه إذا كان مما لا يغاب عليه كالحوائط والزروع والحيوانات ولو لم يقم على هلاكه بينة، أما إذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة فضمانه ممن هو بيده منهما فيقدم النصف للآخر إذا طلقت قبل البناء.

• ص:

وسقط المزيد بموته قبل القبض ولو أشهد لا موتها.

• ش:

اعلم أن المزيد في العقد أو قبله أو المشترط فيه أو قبله لا يسقط بالموت؛ لأنه صداق قطعًا وليس الكلام هنا فيه، وأما المزيد بعد العقد وهو المراد هنا فإنه يسقط بموت الزوج أو فلسه أو مرضه أو جنونه المتصلين بموته قبل القبض والبناء لأنها هبة لم تنجز قبل المانع ولو أشهد الزوج قبل الموت أو الفلس لأنه ليس هنا إرسال

ولا استصحاب من الواهب.

وما يأتـي في الهبة من كفاية الإشهاد فيما إذا أرسلها أو استصحبها قاصدًا دفعها، وأما موت الزوجة فلا يبطل الهبة المزيدة بعد العقد سواء أشهد أو لا لحصول القبول منها قبل الموت.

وأما ما يـأتي من بطلان الهبة بمـوت المعينة له فهو فيـما إذا لـم يحصل منه قبول قبل موته.

وأفهم قوله: (سقط المزيد) أنه لا يسقط بـالموت أصل الصداق، وهو كذلك كما لا يـسقط المزيد إن حصل بناء قبل الموت.

● ص:

ورجع بنصف نفقة الثمرة والعبد.

● ش:

(رجع) بـالبناء للـمفعول ليشمل المنفق من زوجـة أو زوج؛ يعني: أن الزوج إذا صدق الزوجة ثمـرة لم يبد صلاحها أو عبـدًا ثم أنفق أحدهما علـى الثمرة أو العبد فإن المنفق منهما يرجع على من لم ينفق بنصف النفقة إن طلقها قبل البناء.

ثم شبه في الرجوع قوله:

● ص:

كأجرة تعليم الصنعة المباحة المروجة على الأظهر لا العلم.

● ش:

يعني: أن أحـد الزوجين إذا دفـع أجرة في تـعليم رقيق الـصداق أو دوابه صـنعة مباحة مـروجة لثمنه ثم حصل طـلاق قبل البناء فإن دافع الأجـرة يرجع على الآخر بنصفها علـى أظهر القولين فـي الأصل، وأما إذا علمه أحدهمـا بنفسه بلا دفع أجرة فلا يرجع على الآخر بشيء.

واحترز بالصفـة المباحة مـن غيرها كضرب عـود ونحوه فلا رجوع لـدافع أجرتها على الآخر.

واحترز بالمروجة التي ترتفع بها قيمته من التي لا تروج فلا رجوع بأجرتها له.

وأما إذا علمه العلم كالنحو والحساب والقراءة فإنه لا يرجع عليه بشيء لأن هذه علوم لا صنعة، وأدرج الخرشي وغيره الكتابة في العلم لأنها من طرقه، وبعضهم جعلها صناعة كما أفاد الشيخ العدوي.

• ص:

ونفقة الحمل لبلد البناء عند السكوت عليها فيقومها ولي السفيهة.

• ش:

يعني: أن من عقد على امرأة واشترط أنه يبني بها في بلد غير بلد العقد أو في بيت غير بيت العقد وسكتوا عن نفقة حملها وحمل جهازها فلم تشترط على أحد منهما فإن نفقة حملها أو حمل جهازها لبلد البناء أو بيت البناء عليها لا على الزوج.

وإنما كانت نفقة الحمل عليها عند السكوت لأنها مطالبة بالتمكين، وهذا من توابعه، وعُرْف مصر أنها على الزوج، فإن لم يسكتوا عنها بل اشترطت على الزوج أو الزوجة فيعمل بالشرط، وفي حكمه العرف، والشرط يقدم على العرف إن تعارضا، وأما التعزيل لبيت آخر فعلى الزوج؛ لأنه من توابع الإسكان بعد البناء.

وإذا كانت أجرة الحمل على الزوجة عند السكوت، فإن كانت الزوجة رشيدة فهي عليها وإن كانت سفيهة فيغرمها وليها من ماله؛ لأنه مفرط بعدم اشتراطها على الزوج. والمراد بالولي ولي المال لا ولي العقد؛ لأنه هو الذي عليه حفظ مالها. واستصوب «بن» أن المراد ولي العقد؛ لأنه هو الذي يشترط ذلك فإن لم يشترطه كان مفرطا.

• ص:

ولزمها جهاز العادة إن قبضت قبل البناء.

• ش:

يعني: أن الزوجة الرشيدة إذا قبضت ما حل من مهرها أصالة أو بعد أجله فإنه يلزمها أن تجهز به على العادة لمهر مثلها، فإن كانت حضرية فجهاز حضرية وإن كانت بدوية فجهاز بدوية حتى لو كان العرف شراء خادم أو زاد لزمها ذلك.

وقوله: (إن قبضت) أي: من غير الرقيق والأصول[١] بقرينة ما يأتي واحترز (بقبل البناء) عما لو قبضته بعد البناء فلا يلزمها التجهيز به سواء كان حالا أو مؤجلا وتصنع به ما شاءت؛ لأنه رضي بعدم التجهيز حيث دخل قبل القبض إلا لشرط أو عرف ومحل التجهيز بما قبضته على العادة ما لم يسم الولي شيئا أزيد مما قبضته فيلزم ما سماه[٢] سواء كان باشتراط الزوج أو لا ولو زاد الزوج في الصداق لكون العادة جارية بجهاز معلوم عندهم ولم يحضر لكان للزوج مقال قاله «خ». وهذا يفهم من قول «المص»: جهاز العادة.

قال «دص»: ولا يلزمها تجهيز بأكثر مما قبضته قبل البناء إلا لشرط أو عرف.

ثم عطف على فاعل (لزم) قوله:

● ص:

وقبض ما حل إلا لتعليق على الإبراء.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا دعا زوجته لقبض ما حل من صداقها قبل البناء لتتجهز به فامتنعت فإنه يقضى له بذلك فيلزمها قبضة لأجل الجهاز إلا لتعليق طلاق أو عتق على إبرائها له من صداقها الحال أو من قدر معين منه فلا يلزمها قبضه لأن لها حينئذ حق في بقاء ذلك القدر بذمته.

فإذا قال لها: إن تزوجت عليك وأبرأتيني فأمرها أو أمرك بيدك فلا يلزمها القبض؛ لأنها إذا قبضته برئت ذمته منه وإذا برئت ذمته حصل المعلق على الإبراء وقد لا يكون لها فيه غرض فعلم بذلك أنه ليس المراد بالإبراء ترك الصداق الحال بل المراد به تخليص ذمته بسبب قبضها منه ما حل.

وبعبارة: يلزم الزوجة قبض ما حل أصالة أو بعد أجله ما لم يكن علق طلاقها أو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من غير الرقيق والأصول) أي: العقار ومثل العقار والرقيق ما يكال أو يوزن. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيلزم ما سماه) أي: الولي بأن يقول: نحن نشتري لها كذا أو أن عندها من الجهاز كذا وكذا. اهـ.

طلاق من يتزوجها عليها أو عتق من يتسرى بها عليها على إبرائها له من قدر معين من صداقها الحال عليه فإنه لا يلزمها أن تقبض ذلك القدر المعلق عليه الطلاق أو العتق المذكور ولا يقضي عليها بقبضه لتعلق حقها فيه ويقضى عليها بقبض ما عدا ذلك.

فإن قلت: إن المؤخر لما في الذمة يعد مسلفا فيكون عدم قبضها سلفا جر نفعا.

أجيب: بأنهم لم ينظروا لذلك؛ لأنهم عذروها بشدة الغيرة. ومفهوم قوله: (ما حل) أنه لا يلزمها قبض ما لم يحل بل يحرم عليها قبضه؛ لأنه سلفا[1] جر نفعا.

• ص:

ولا تنفق منه ولا تقضي دينا إلا المحتاجة ما خف.

• ش:

يعني: أن المرأة لا يجوز لها أن تنفق من الصداق على نفسها ولا تقضي منه دينا عليها لما علمت أنه يلزمها التجهيز به إلا الفقيرة المحتاجة فتأخذ منه ما خف بالنسبة له وهو ما يتساهل فيه عادة فتنفقه على نفسها أو تقضي به دينها ثم إن طلقت قبل البناء حسب عليها ما أخذته من النصف.

فقوله: (إلا المحتاجة ما خف) راجع للأمرين وعبارة الأصل: ولا تنفق منه وتقضي دينا إلا المحتاجة وكالدينار فجعله بعضهم لفا ونشرا مرتبا.

فقوله: (إلا المحتاجة) راجع لقوله: (ولا تنفق) أي لا تنفق من الصداق الذي قبضته قبل البناء إلا المحتاجة فإنها تنفق منه وتكتسي الشيء الخفيف بالمعروف ثم إن طلق قبل البناء وهي معسرة اتبع به ذمتها[2].

قوله: (وكالدينار) راجع لقوله: (وتقضي منه دينا) أي لا تقضي منه دينها إلا أن يكون ذلك شيئا خفيفا كالدينار[3] فلها ذلك في المهر الكثير فإن كان قليلا فتقضي

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأنه سلف جر نفعا) أي: لأن من عجل ما أجل عد مسلفا وهي إذا قبضته لزمها التجهيز به. والحاصل: أنه يمنع التعجيل فإن قبضته أجبرت على الجهيز به. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أتبع به ذمتها) أي: بنصف ما أنفقت. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالدينار) أي: والديناران والثلاثة كما أفاده بعضهم والمراد =

منه بحسبه فظاهر كلامهم أنها تأخذ الدينار لو غير محتاجة وما قاله «المص» أظهر.

● ص:

ولزم ما سماه[١].

● ش:

يعني: أن الزوج إذا سمى شيئا من الجهاز فإنه يلزم ما سماه[٢] ولو زاد على الصداق وفي حكم ذلك ما إذا سمي له بأن سمته له الزوجة الرشيدة أو ولي السفيهة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

● ص:

وإن سمى فوق العادة وزاد الصداق لذلك فماتت قبل البناء لم يلزمهم إلا المعتاد وحط عنه ما زاده.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا شرط على المرأة جهاز فوق العادة وزاد الصداق لاشتراط ما ذكر فماتت الزوجة قبل البناء فطالب الزوج أهلها بجهازها المشترط ليأخذ ميراثه منه، فإنه لا يلزمهم إلا المعتاد فقط؛ لأنهم يقولون: إنما كانت زيادتنا على الجهاز المعتاد لأجل غرض بنتنا[٣] وقد ماتت وإذا لم يلزمهم إلا المعتاد فيحط عن الزوج ما زاده في الصداق لزيادة الجهاز.

وبعبارة: لا يلزم الزوج في هذا الفرع جميع ما سمى من الصداق بل صداق مثلها على أنها مجهزة بما قبض قبل البناء جهاز مثلها. وقال اللخمي: يلزمهم إبراز الجهاز المشترط وعليه فلا يحط عن الزوج ما زاده في الصداق لزيادة الجهاز.

= فيما يتحمل ذلك عرفا فلا يتقيد بذلك إذ رب صداق كثير كألف دينار فالعشرة منه قليل. قال «عب»: انظر ما ضابط ذلك وقال البدر واستظهر الجزي أن دينارين من أربعين يسير. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولزم) أي: لزم الزوجة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ما سماه) أي: أو جرى به العرف. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأجل غرض بنتنا) أي: أن الأباء يفعلون ذلك في حياة بناتهم رفعا لقدرهن وتكبيرًا لشأنهن وحرصا على الخطوة عند الزوج فعند موت الابنة ينتفي ذلك كله. اهـ.

● ص:

وإن منعوا المسمى قبل البناء فله الطلاق بلا شيء إن لم يرض.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا سمى شيئا معلوما من الجهاز ودفع الصداق لأجلة فمنع أولياؤها قبل البناء المسمى كله أو بعضه فلا تجبر الأولياء على الجهاز المسمى ويخير الزوج بين أن يرضى بذلك وبين أن يطلق ولا شيء عليه؛ لأنه بمثابة الرد بالعيب.

والموضوع أنه قبل البناء كما قلنا، وأما بعد البناء فيجبر الأولياء على المسمى كما سيأتي.

فإن قلت: قوله: (وأن منعوا المسمى فله الطلاق بلا شيء) يخالف ما سبق وهو قوله: (ولزم ما سماه) فإن مقتضاه أنهم يجبرون على ما سمى، وإلا فما فائدة اللزوم.

وقد يقال: فائدة اللزوم ما هنا، وهو أنه لا يلزمه شيء بالطلاق قبل البناء، وخيرته تنفي ضرره، وهذه المسألة في حال حياتها بخلاف السابقة فإنها في حال موتها.

● ص:

فإن طلق ولم يعلم منعهم فنصف المسمى على الظاهر وإن دخل جبر الأولياء على ما سمى إلا أن يحصل موت أو فراق فعليه مهر المثل.

● ش:

تقدم أنهم إذا منعوا الجهاز المسمى قبل البناء فللزوج الطلاق بلا شيء وذكر هنا أنه إذا طلق قبل البناء ولم يعلم من أوليائها امتناع من الجهاز المسمى فإنه يلزمه نصف المسمى من الصداق على الظاهر.

وأما إذا دخل بها الزوج ولم يحضروا الجهاز المسمى فإنهم يجبرون على إحضاره إلا أن يحصل موت لأحد الزوجين أو فراق فعلى الزوج مهر المثل ولا يجبرون على الجهاز المسمى.

● ص:

وله بيع رقيق الصداق كالأصل وهل ولو منع الزوج خلاف.

● ش:

يعني أن الزوج إذا ساق للزوجة رقيقا أو غيره من الحيوانات في صداقها فإنه يجوز لوليها أن يبيع رقيق الصداق في جهازها وله أن لا يبيعه فعلى الزوج الإتيان عند البناء بما يحتاج إليه من فرش وغطاء مناسبين لحالهما.

وعلم من هذا التخيير أنه لا يجب على الولي ولا على الزوجة ببيع رقيق الصداق للتجهيز حيث لم يسق للجهاز إلا لعرف أو شرط أما إذا ساقه للجهاز لوجب بيعه.

وعبارة «الش»: فلا يجب حيث لم يسبق للجهاز، وقوله: (حيث لم يسبق) يحتمل أنه قيد في قوله: (لا يجب) أي: لا يجيب بيعه للجهاز حيث لم يسق للجهاز ويحتمل أنه قيد في قول المتن: (وله بيع رقيق الصداق). أي: للولي بيع رقيق الصداق حيث لم يسق لتكون ذاته من الجهاز كالجارية في عرف مصر، فإن سيق لذلك لم يجز بيعه.

وقوله: (كالأصل) تشبيه في جواز البيع. أي: وكذا يجوز للولي بيع الأصل؛ أي: المعتاد المسوق للمرأة في الصداق للجهاز وهل له بيعه ولو منع الزوج من البيع أوله بيعه إلا إذا منعه الزوج خلاف محله حيث لم يجر عرف بالبيع أو بعدمه وإلا عمل به كالشرط وعلى القول بعدم بيعه إذا منع الزوج[1] فيأتي الزوج بالغطاء والوطاء المناسبين.

● ص:

وقبل دعوى الأب أن ما زاد على جهاز مثلها عارية في السنة ولا يمين وإن خالفته لا بعدها إلا أن يشهد قبلها وقيل، يقبل بيمين.

● ش:

قوله: (في السنة) ظرف للدعوى؛ يعني: أن الأب إذا جهز ابنته جهاز زائد على جهاز مثلها ثم ادعى بعد ذلك أن ما زاد على جهاز مثلها عارية عند ابنته فإنه

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا منع الزوج) أي: من بيعه. اهـ.

يصدق في ذلك بلا يمين ولو خالفته الابنة[1] أو الزوج.

ومحل قبول قوله: (إذا دعى ذلك في السنة لا بعدها إلا أن يشهد على ذلك قبلها) فعلم أنه لا يقبل دعوى العارية إلا بشروط:

الأول: أن يكون المدعي هو الأب لا غيره كالجد والجدة والأم فلا يقبل قوله، إلا أن يعرف بالبينة أن أصل المتاع له فيقبل قوله بيمين، والأب والأجنبي[2] فيما عرف أصله سواء والوصي كالأب وهو مقيد بالولي عليها وإن لم تكن مجبرة، خلافا لـ«عبق» في اشتراط كونها مجبرة. والأب إنما يصدق في ابنته المجبرة أو السفيهة التي في ولايته وأما الرشيدة المالكة أمر نفسها فالأب فيها كالأجنبي والأم إن كانت وصية فهي كالوحي. وقيل: الأم كالأب.

الثاني: أن يكون ما ادعى أنه عارية زائد على جهاز مثلها بأن يبقى بعد ما ادعاه ما بقي بجهاز مثلها المشترط أو المعتاد ولو زائد على صداقها، فإن لم يكن فيما بقي وفاء بجهاز مثلها فلا يصدق إلا أن يعرف أن أصل المتاع له فيحلف ويأخذه ويتبع بما فيه وفاء بجهاز مثلها بأن يأتي ببدل ما أخذه والأب والأجنبي فيما عرف أصله سواء كما مر.

وكذا إذا صدقته البنت فإنه يأخذه ويجبر على بدله مما بقي بجهاز مثلها وقيد في الأصل تصديق البنت بثلثها بأن يكون ثلث مالها بقي بما صدقته فيه، فإن زاد على ثلثها رد الزوج ما زاد على الثلث.

واعترضه العدوى تبعا لـ«عج» بأن القيد إذا كان ابتداء أقر إقرارًا منها على وجه العطية أما أن كان تصديقا للمدعي فلا يقيد بالثلث.

الثالث: أن تكون دعواه في السنة وأما إذا ادعى ذلك بعد السنة فلا يقبل قوله إلا أن يشهد قبل مضي السنة بأن هذا الحلي مثلا عارية عند بنته فإنه يقبل قوله بعدها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو خالفته الابنة) أي: هذا إذا وافقته على ما ادعاه من أنه عارية بل وإن خالفته بأن قالت: أنه غير عارية بل هو لي. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والأب والأجنبي فيما عرف... إلخ) أي: فإذا ادعى الأجنبي أن هذا المتاع قد استعاره وليها وعرف أنه له فيأخذه ويطالب الولي بإحضار ما فيه كفاف. اهـ.

ولو طال الزمن سواء كان الإشهاد عند البناء أو قبله أو بعده.

وهذا التفضيل هو الراجح، وقيل: يقبل قوله بيمين ولو بعد السنة ولفق الأصل هنا فقيد التصديق بالسنة وحكم باليمين مع أن القائل بقبول قوله في السنة يقول بلا يمين كما صدر به «المص».

والقائل بقبوله في السنة وبعدها يقول بيمين وهو القول الثاني في «المص» وتعتبر السنة من يوم البناء.

والحاصل: أنه يقبل قوله بشروط ثلاثة:

الأول: أن لا يكون أبا في مجبرته أو ثيب له عليها الولاية بخلاف ثيب ليست في ولايته.

الثاني: أن يبقى بعد ما ادعى من العارية ما بقي جهاز مثلها المعتاد أو المشترط وإن زاد على الصداق.

والثالث: أن يكون الدعوة في السنة.

فبهذه الشروط يصدق، ولو خالفت البنت، وأما بعد السنة فلا يصدق إلا أن يشهد قبلها فإن صدقته البنت في حال عدم الإشهاد فتصديقها في ثلثها وللزوج رد ما زاد عليه كما في الأصل وقد عرفت الاعتراض عليه.

● **ص:**

واختصت به إن أورد ببيتها أو عند كأمها كعنده وأشهد في سفيهة.

● **ش:**

الضمير في (به) وفي (أورد) للجهاز. وقوله: (كأمها) أدخل فيه بالكاف الخالة والعمة وزوجة الأب ونحو ذلك.

وقوله: (كعنده) الكاف فيه داخله على محذوف، أي كإيراد عنده فلا يقال: إن (عند) لا تجر إلا بمن دون غيرها من حروف الجر.

والضمير في (عنده) الأب؛ يعني: أن الأب إذا جهز لبنته بجهاز زائد على مهرها ثم مات قبل البناء أو بعده فإن البنت تختص بالجهاز الذي من مال أبيها دون بقية الورثة وأما إذا جهزها بمهرها فقط فلا نزاع فيه للورثة ومحل اختصاصها بما ذكر إن

أورده الأب ببيتها الذي بنى الزوج بها فيه، ولو لم يشهد الأب أنه لها لأن أيرده ببيت البناء من أعظم الحيازة ولا فرق في هذه بين السفيهة والرشيدة.

وكذا تختص به البنت إذا أورده الأب ببيت كأمها أو زوجة أبيها وظاهره في هذه أيضا أنه لا فرق بين الرشيدة والسفيهة، وظاهره أيضا أشهد أنه لها أو لا والذي في شراح الأصل أنها لا تختص به إلا إذا أشهد على ذلك أو أقرت الورثة بذلك وإنما اشترط إقرار الورثة؛ لأنها مقرة أنه من عند أبيها ولكن تقول أنه ملكه لي فلا بد من إقرارهم لأنهم بمنزلة الأب.

وكذا تختص به إذا أورده الأب عنده وأشهد أنه لها قبل موته وكانت سفيهة فالإشهاد وحده كاف ولا يضر إبقاؤه تحت يده بعد الإشهاد لتنزيل الإشهاد منزلة الحيازة.

ظاهر كلامه أن قوله وأشهد راجع لما بعد الكاف الثانية فقط، كما قررنا وقد علمت أن الذي في شراح الأصل أن الإشهاد شرط أيضا فيما إذا وضعه عند كأمها وتقييده بالسفيهة يقيد أن الرشيدة لا تفيد حيازته لها ولو مع البينة كما هو ظاهره وإذا وضعه عند الرشيدة في غير بيت البناء فلا بد من الإشهاد أو إقرار الورثة.

وبعبارة: إذا وضع الأب الجهاز عند غيره كأمها أو عندها هي فإنها تختص به إن سماه لها وأقرت الورثة بالتسمية لها أو شهدت البينة بالتسمية وإن لم تشهد على أنه لها والمراد بالتسمية النسبة لها بأن تشهد البينة أو تقر الورثة بأنه كان يذكر أنه شورة فلانة أو جهازها حتى مات.

● **ص:**

وإن وهبت رشيدة صداقها قبل البناء أجبر على أقله.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة الرشيدة إذا وهبت لزوجها صداقها المسمى بعد العقد وقبل البناء فإن الهبة صحيحة، ولكن يجبر الزوج على دفع أقل الصداق وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لاحتمال التواطؤ على ترك الصداق فيعرى البضع عن الصداق بالكلية ومحل جبره على دفع ما ذكر إن أراد الدخول عليها.

وأما أن طلق قبل البناء[1] فلا شيء عليه ويستمر الصداق الموهوب ملكاً له. والمراد أنها وهبته له قبل أن تقبضه منه وأما إذا قبضته منه ثم وهبته له فلا يجبر على دفع أقله كهبته بعد البناء.

وقوله: (وإن وهبت رشيدة صداقها) يندرج فيه ما إذا دفعت له ما يصدقها به؛ فلذا حذفه مع أن الأصل ذكره فإذا وهبت له المرأة شيئا من خالص ما لها قبل العقد أو بعده ليصدقها به فإنه يجبر على دفع أقله حيث أراد الدخول فإن طلق فلا شيء عليه ويرد لها ما وهبت له بخلاف الأولى فإنه إذا طلق يصير ملكا له.

وقوله: (جبر على دفع أقله) يستفاد منه أنها إذا وهبت له البعض ودفع البعض فإنه يكفي البعض الذي دفعه لها حيث وفي بأقل الصداق، فإن كان أقل من ربع دينار وكان قبل البناء جبر على تكميله وإلا فلا.

● ص:

وبعده مضي.

● ش:

يعني: أن الرشيدة إذا وهبت لزوجها جميع الصداق أو بعضه بعد البناء فإنه يمضي ما وهبته له ولا يؤثر خللًا في النكاح؛ لأنها ملكت الصداق وتقرر لها بالوطء سواء قبضته أو لم تقبضه.

قال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء:٤]، فإذا طلقها بعد ذلك لم ترجع عليه بشيء منه وهذا إذا لم تقصد بالهبة دوام العشرة، فإن قصدت ذلك فأشار له بقوله:

● ص:

فإن قصدت دوام العشرة رجعت لقرب الفراق وأن لفسخ لا ليمين لم يتعمدها.

● ش:

يعني: أن المرأة الرشيدة إذا وهبت زوجها صداقها أو بعضه قبل البناء أو بعده

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن طلق قبل البناء) في نكاح صحيح فيه تسمية ولا عيب بأحدهما ولم يلزمه نصف الصداق. اهـ.

على قصد دوام العشـرة أو على حسن العشرة ثم فـارقها عن قرب بحيث لـم يحصل غرضهـا فإنها تـرجع عليه بما وهبـته له لقرب الفراق إذا فـارقها جبرا بطلاق بل وإن فارقهـا اختيار الفسخ النكاح بأن كان فاسد فأطمع على فساده ففسخ الفساد فلا فرق بين الفراق بالطلاق أو بالفسخ.

ومفهوم قوله: (لقرب الفراق) أنه لو بعـد الفراق بحيث يرى أنه حصل غرضها لم ترجع عليه والبعد كالسنتين كما في «الش».

قـال «دص»: ذكر هـذا التفـضيل اللخمـي وابن رشد وهـو فيمـا إذا أسقطت من مهرها أو أعطته مالا علـى أن يمسكها أو لا يتزوج أو لا يـتسرى عليها أو نحو ذلك ففارق أو طلق وأما لو تسـري أو تزوج عليها فلها الرجـوع سواء كان ذلك بالقرب أو بالبعـد، وقول «المـص»: لا يمين لم يـتعمدهـا؛ عطف علـى فسخ؛ يعـني: أنها إذا وهـبت شيئا مـن صداقها لـما تقدم فحـصل الفراق بالقـرب فإنها تـرجع عليه لقرب الفراق إذا كان الفراق لطلاق أو لفـسخ لا أن كان الفراق ليمين لم يـتعمدها بالحنث بل نزلت به بغير تعمد فلا يـرجع لها عليه خلافا للخمي حيث جعل اليمين كالفسخ بجامع الجبر على الفراق في كلٍّ.

مثال ذلك: أن يعلق طلاقها على دخوله أو دخولها دار زيد مثلا ثم بعد أن أعطته شيئا من صداقها لدوام العشرة دخلـتها هي أو دخلها هو بالقرب غير متعمد للحنث في يمينه فإنه يقع عليه الطلاق ولا ترجع عليه[1] بشيء خلافا للخمي.

● ص:

كعطية لذلك.

● ش:

هذا تـشبيه في الرجوع حيث لـم يحصل الغـرض، والمعنى: أن الزوجة إذا أعطت زوجها مالا غـير الصداق لقصد دوام العـشرة فحصل الفراق وإن لفـسخ فإنها ترجع عليه إذا فارق بالقرب لا أن فارق بالبعد فلا ترجع. وفيما بين ذلك ترجع بحسبه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قـوله: (ولا ترجع عليه بشيء) فإن قال: إن دخلتُ الدار بضم التاء فأنت طالق فدخل ناسيا أو علق الطلاق على دخولها فدخلت لم ترجع عليه بشيء. اهـ.

أما إذا فارقها ليمين لم يتعمدها فلا ترجع عليه بشيء على ما مر، فالتشبيه تام وأجرى الأصل في توضيحه ما أهداه الزوج لها أو أعطاها بعد البناء مجرى ما أعطته هي لدوام العشرة.

فقال عن أصبغ إن أهداها لها قبل البناء فلا شيء له وإن وجدها قائمة لأن الذي أهدى إليه قد وصل إليه وإن أعطاها شيئا بعد البناء ثم فسخ نكاحها بحد ثان، ذلك فله أخذ ما أعطاها؛ لأنه أنما أعطاها على ثبات الحال والعشرة، وإن كان الفسخ بعد طول سنتين أو سنين فلا أرى له شيئا وإن وجدها بعينها لأن الذي أعطى له قد رسخ وانتفع به فالفسخ كطلاق حادث. اهـ.

ويمكن أن «المص» نكر عطية ولم يضفها لضمير واحد منهما إشارة إلى أنه لا فرق بين منه أو منها وفي بعض النسخ كعطيته بالإضافة للضمير.

وعلى هذه النسخة فالأحسن جعل الضمير عائد على أحد الزوجين الصادق بالزوجة والزوج أي كعطية أحد الزوجين شيئا للآخر لدوام العشرة ثم حصل الفراق عن قرب فإنه يرجع عليه.

ولما بيَّن حكم هبة الرشيدة شرع في بيان حكم هبة السفيهة، فقال:

• ص:

وأنا وهبته سفيهة رده ومثله.

• ش:

يعني: أن السفيهة إذا وهبت الصداق لزوجها بأن أعطته بما لا يتزوجها به قدر مهر مثلها أو أكثر فإن النكاح يثبت ويجب عليه أن يرد لها ما أخذه منها جبرا عليه لبطلان هبتها ويدفع لها مثله من ماله؛ لأنه تزوج بصداق تبين استحقاقه[1] ومحل إعطائها مثل الموهوب فقط إن كان مثل مهر مثلها فأكثروا ما إن كان أقل فيلزم أن يدفع لها من ماله ما يفي بمهر مثلها إن كان الذي زوجها غير الأب المجبر لأن غير الأب المجبر ليس له أن يزوج وليته بدون مهر المثل.

وقوله: (ومثله) يفي إذا وهبت له شيئا بصداقها به كما مر وأما إذا أبرأته مما

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تبين استحقاقه) فيلزمه أن يدفع لها نظيره. اهـ.

أصدقها به هو من عنده فيبطل الإبراء فقط وعليه المهر.

● ص:

وان وهبته لأجنبي وقبضه ثم طلقت قبل البناء غرمت نصفه ولا ترجع على الموهوب إلا أن يعلم أنه صداق.

● ش:

الضمير في (وهبته) للرشيدة ولذا أعاد العامل وهو وهبت؛ يعني: أن المرأة الرشيدة إذا وهبت صداقها لأجنبي وقبضه منها أو من الزوج ثم طلقت قبل البناء فإنها تغرم للزوج نصف الصداق ولا ترجع به على الموهوب له إلا أن يعلم الموهوب أن ما وهبته له صداق فإنها ترجع عليه بالنصف الذي غرمته للزوج سواء كان علمه بتبيينها له أو بغير تبيينها بأن علم ذلك من غيرها. وأما النصف الذي ملكته بالطلاق فلا ترجع به.

واعلم أن بعضهم جعل الكلام السابق مفروض فيما إذا كان الثلث يحمل(١) جميع ما وهبته فإن جاوزه بطل جميعه إلا أن يميزه الزوج.

فإن قلت: الزوج قد طلق فليس له تكلم فيما زاد على الثلث.

قلت: ذاك في خالص مالها وما هنا ليس كذلك بل نصفه(٢) أو كله مملوك للزوج قاله «خ» وسيأتي لـ«الش».

وتغيير «المص» بلا ترجع أحسن من تعبير الأصل بلم ترجع؛ لأن لم للماضي والفقيه إنما يتكلم على الأحكام في الحوادث المتجددة ولكن يصح ذلك باعتبار إن تحقق الحكم في نفسه كالماضي.

ثم شبه في الحكم وهو نفوذ النصف للموهوب له إلا أن يعلم أنه صداق فقال:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا كان الثلث يحمل... إلخ) أي: ثلث مالها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بل نصفه أو كله... إلخ) أي: فسواء كان كله أو بعضه مملوكا للزوج فلم يكن خالص ما لها إلا على القول بأنها تملك بالعقد الكل ثم على القول بأنها تملك بالعقد كل تقول تعين بالطلاق أنها لم تستحق ذلك فصار ملكها حين العقد كالعدم. اهـ.

• ص:

كأن لم يقبضه وأيسرت يوم الطلاق.

• ش:

يعني: أنها إذا وهبت الصداق الأجنبي ولم يقبضه من الزوج ولا من غيره ثم طلقها الزوج قبل البناء وهي ميسرة[1] يوم الطلاق فإنها تجبر هي والمطلق على إنفاذ الهبة للموهوب له فيأخذها من الزوج ويرجع الزوج عليها بنصف الصداق في مالها إلا أن يعلم الموهوب له أنه صداق فلا يجبر الزوج على دفع جميع الصداق للموهوب بل يتمسك بنصفه ويدفع له نصفها وإن أعسرت يوم الطلاق ولو أيسرت[2] يوم الهبة فإنها تجبر هي على دفع نصفها للموهوب له فيأخذه من الزوج.

وأما المطلق فلا يجبر وله التمسك[3] بنصفه فإن دفعه له ورضي باتباع الزوجة المعسرة لم تجبر هي.

والحاصل: أنها تجبر على إنفاذ هبة، نصفها مطلقا وأما الزوج لا يجبر على إنفاذ هبة نصفه إلا إذا أيسرت يوم الطلاق ومضى جبره على ذلك أنه يدفعه للموهوب ثم يرجع به على الزوجة.

وأما إذا أعسرت فلا يجبر وله التمسك بنصفه فإن أراد دفعه للموهوب ويتبع المعسرة فلا تجبر هي على ذلك، ولا يقيد إنفاذ هبة المرأة للأجنبي بحمل ثلثها للهبة كما في «بن» خلافا لما في الخَرَشِي كما قدمنا وإنما لم يقيد بذلك؛ لأن الزوجية قد زالت بالطلاق فلا حجر عليها للزوج.

فإن قلت: إن هبتها للصداق لم تكن من خالص ملكه؛ لأنها إما لا تملك بالعقد شيئا أو تملك النصف فقط فهي فضولية في مال الزوج، فكان القياس أما إن يرد

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهي ميسرة) أي: لأنه لا ضرر على المطلق حينئذ؛ لأنه يرجع عليها بحقه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأيسرت... إلخ) أي: أيسرت بالنصف الذي وجب للزوج فلا يشترط يسرها يوم الطلاق بالجميع. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وله التمسك) أي: وله حبس نصفه لحقه فيه لما يلحقه من الضرر فيه إنفاذه. اهـ.

الزوج الجميع أو يرد ماذا على الثلث كما قيد الخَرَشِي بذلك كلام الأصل.

قلنا: نعم، وإن لم تكن هبتها في خالص ملكها لكنه قد قيل أنها تملك الجميع بالعقد فنظرنا لهذا القول فلذا لم يرد الزوج الجميع ولا ما زاد على الثلث، هذا معنى كلام «الش» وعبارته ولا يقيد هذا بحمل ثلثها كما في «بن» خلاقا لما في الخَرَشِي؛ لأن الزوجية زالت وإن لم يكن خالص ملكها فقد قيل تملك الجميع بالعقد.

• **ص:**

وإن قالت قبل البناء، خالعني أو طلقني بكذا، فإن قالت، من مهري، فلها نصف ما بقي وإلا فلا شيء لها في الخلع ولها في الطلاق نصف المهر ومنه الفداء.

• **ش:**

يعني: أن الزوجة المالكة لأمر نفسها إذا قالت لزوجها قبل البناء: خالعني أو طلقني بكذا كعبد أو فرس أو ثوب أو دار أو عشرة دنانير أو دراهم، فتارة تقول: من مهري. وتارة لا تقول من ذلك.

فإن قالت: من مهري. فلها نصف ما بقي في الصورتين بعد إسقاط الفداء وهو العشرة مثلا من جميع الصداق، فإن كان الصداق ثلاثين وقالت له: طلقني أو خالعني بعشرة من مهري فلها نصف الباقي بعد إسقاط العشرة فيكون لها العشرة نصف العشرين الباقية وإن لم تقل من مهري بل قالت: طلقني أو خالعني بكذا، أو سكتت فلا شيء لها من الصداق في الخلع وهو ما إذا قالت: خالعني بكذا وتدفع ما خالعته به من مالها زيادة على ترك الصداق وإن كانت قبضت شيئا من الصداق ردته إليه هذا مذهب ابن القاسم حمل قولها: خالعني على كل حقوقها؛ لأن لفظ الخلع يقتضي خلع ما لها عليه من الحقوق وذادته ما التزمته من عندها وقصرت أشهب على خلع العصمة فقط والمهر كدين عليها فلها نصفه كما في مسألة طلقني الآتي.

وفي تبصرة اللخمي أن مذهب أشهب أحسن لكن شهر الأصل وغيره الأول وهو مذهب ابن القاسم وعليه إن قبضه ردته كما قال الأصل، ولأصبغ في كتاب ابن حبيب أنها تفوز بما قبضته انظر «ح» أفاده «الش».

وقوله: (تفوز بما قبضته) أي من نصف المهر فأقل لأن الموضوع أن ذلك قبل

البناء وعليها الفداء الذي التزمته وأما إذا قالت: طلقني بكذا، ولم تقل: من مهري فلا شيء لها من نصف الصداق وإن قبضته فلا شيء لها.

وأما إذا قالت: طلقني بكذا، ولم تقل: من مهري فلها نصف المهر بالطلاق ويحسب منه الفداء الذي وقع الطلاق في نظيره.

والحاصل: أنها قالت: خالعني بكذا، ولم تقل من مهري فلا شيء لها من نصف الصداق وإن قبضته منه ردته وهو مذهب ابن القاسم.

وقال أشهب: لها نصف المهر وعليها الفداء.

وقال أصبغ: تفوز بما قبضته وعليها الفداء فإن لم تقبضه فلا شيء لها وأما إذا قالت: طلقني بكذا. فلها نصف المهر بالطلاق قبل البناء ومنه الفداء الذي التزمته فيبقى لها في المثال السابق خمسة؛ لأن صداقها ثلاثون وقالت طلقني: بعشرة فيكون لها خمسة عشر منها الفداء بعشرة فيبقى لها خمسة وإلى ذلك أشار بقوله: (ولها في الطلاق نصف المهر) ومنه الفداء فتحصل أنها إن قالت: طلقني أو خالعني بعشرة فإن قالت: من مهري فلها نصف الباقي بعد العشرة في الصورتين، وإن لم تقل من مهري فلا شيء لها في صورة خالعني ولها النصف في صورة طلقني والعشرة لازمة على كل حال.

ومفهوم قوله: (قبل البناء) أنها إذا قالت ما ذكر بعد البناء فلا يسقط عنه شيئا من الصداق؛ لأنه تقرر ورسخ عليه بالدخول، فإذا قالت بعد الدخول: طلقتني أو خالعني على عشرة ولم تقل: من صداقي دفعت له العشرة ولها جميع الصداق وإن قالت: على عشرة من صداقي فلها الصداق إلا العشرة التي خالعته بها.

● ص:

وإن أصدقها من يعتق عليها ثم طلق قبل البناء رجع بنصفه ولو علم.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا أصدق زوجته من يعتق عليها[1] من أقاربها فعتق ثم طلقها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من يعتق عليها) كما إذا أصدقها أحد من أصولها أو من فصولها أو من حاشيتها القريبة كأخيها وأختها. اهـ.

قبل البناء فإنه يرجع عليها بنصف قيمته ولو علم هو أنه يعتق عليها علمت هي أو لا كما في الخرشي وغيره فالصور أربع؛ لأنه إما أن يعلم أو لا وفي كل أما أن تعلم هي أو لا والولاء لها في الصور الأربع، ويرجع عليها بنصف قيمته في الجميع.

وحمل بعضهم المدونة على أنه إن علم دونها لا يرجع عليها[1] بل ترجع هي عليه إذا طلقت قبل البناء بنصف قيمته[2].

وفي «عج» قصر الرجوع على ما إذا علمت وأورد ذلك في كلام طويل فانظره إن شئت أفاده «الش».

● ص:

وهل إن رشدت وصوب أو ولو سفيهة إلا أن يعلم وليها نفي عتقه عليه ورقه للزوج فيغرم النصف لها قولان خلاف.

● ش:

قوله: (خلاف) جواب هل الاستفهامية. و(قولان) مبتدأ خبره الجار والمجرور قبله وهو قوله: (ففي عتقه عليه).

والقولان في الشق الثاني من شقي الخلاف؛ يعني أنه إذا أصدقها من يعتق عليها فإنه يعتق في الصور الأربع المتقدمة، وهل محل عتقه عليها في هذه الأربع إن كانت رشيدة علم وليها بعتقه عليها أو لا، لا إن كانت سفيهة أو مجبرة فلا يعتق عليها فإن طلقت قبل البناء كان للزوج ورجعت عليه بنصف قيمته وصوب هذا القول: أو يعتق عليها مطلقًا ولو سفيهة لكن بشرط أن لا يعلم وليها بعتقه عليها فإن علم وليها علمت هي أو لا ففي ذلك قولان:

الأول: يعتق على الولي فيغرم لهما القيمة للزوج نصفها وللزوجة نصفها لأن الطلاق قبل البناء[3].

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا يرجع عليها) أي: بشيء بل يعتق العبد عليه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بنصف القيمة) أي: لأنه لما خرج من يده لأجل البضع واستقر ملكها عليه وانتفعت بعتق قريبها كان كاشترائها له. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا طلق قبل البناء) أي: إذا طلقها قبل البناء وعلى هذا القول =

والثاني: لا يعتق على أحد ويرق للزوج فيغرم لها نصف قيمته ولا يكون دقيقا لهما إذا لا ينبغي في ملكها من يعتق عليها كله أو بعضه.

وقوله: (إلا أن يعلم وليها)[1] مستثني من الشق الثاني من الخلاف وهو الإطلاق أي أو يعتق عليها مطلقا ولو سفيهة إلا أن يعلم وليها. ففي عتق العبد على الولي ورقه للزوج قولان فالقولان فيما إذا علم الولي علمت هي أو لا فلا مفهوم لقول الأصل (وإن علم دونها) والخلاف في أصل المسألة.

● ص:

وإن جنى العبد في يده فلا كلام له وإن أسلمت فلا شيء له إلا أن تحابي فله دفع نصف الأرش والشركة.

● ش:

يعني: أن الصداق إذا كان عبدا وجنى جناية على شخص فإن كان بيد الزوج قبل يسلمه للمجني عليه[2] ثم طلقها الزوج قبل البناء فلا شيء له من العبد ولا نصف قيمته عليها وكأنه هلك بسماوي، إلا أن تكون الزوجة قد حابت في إسلامه بأن تكون قيمته[3] أكثر من أرش الجناية[4] فإن محابتها لها تمضي على الزوج في نصيبه بل هو مخير حينئذ إن شاء أمضى فعلها ولا شيء له فيه وإن شاء دفع للمجني عليه نصف أرش الجناية[5] وكان شريكا له في العبد للزوج نصفه وللمجني عليه نصفه وهذا بخلاف محابتها في بيعه فإن الزوج يرجع عليها بنصف المحاباة حيث طلق

= اقتصر ابن الحاجب ووجه ذلك القول أنه لما علم عدم استقرار ملكها عليه فقد دخل على الإعانه على العتق فلو رجع كان رجوعا عما أراد. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (علم وليها... إلخ) لأن علمه غير معول عليه والمعول عليه إذنها ولما أذنت له أن يزوجها بعبد كانت مجوزة لكونه يعتق عليها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (المجني عليه) أي: في الجناية. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بأن تكون قيمة أكثر) أي: كما لو كانت قيمة ثلاثين وأرش الجناية عشرين. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو تفديه) أي: يدفع ارث الجناية وتبقيه فهي مخيرة في الأمرين. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نصف أرش الجناية) أي: وهو عشرة في المثال الذي قدمناه. اهـ.

قبل البناء ولا يكون شريكا في العبد ولو كان قائما والفرق بين البيع والجناية أن المعاوضة المالية أشد فلذا قلنا في البيع يرجع عليها بالمحاباة أي بنصفها ولا شيء له في العبد وفي الجناية إذا حابت يدفع نصف الأرش ويشارك في العبد وهذا الفرق خير مما في الخرشي وغيره.

وحاصل فرق الخرشي: أن البيع وقع منها في حاله يجوز فيها المحاباة لا تؤثر فيه خللا ولا تمنع لزومه.

وأما الجناية فهي فيها مخيرة[(١)] بين الإسلام والفداء فلما حابت في الإسلام كان للزوج إبطاله في حصته وهذا كله حيث كان العبد قائمًا فإن فات فإنما له عليها نصف المحاباة والدليل على أن العبد قائما فإن فات فإنما له نصف المحاباة[(٢)].

والدليل على أن العبد قائم قوله: (والشركة) أي في العبد وموضوع المسألة أن البناية والإسلام وقعا قبل الطلاق وإلا فلهما الكلام. أفاده «خ». وقول «المص» وإن أسلمت الأولى أن يفرعه بالفاء على ما قبله وقوله: (فله دفع نصف الأرش) أي: إن طلق قبل البناء والشركة في العبد.

• ص:

وإن فدته بالأرش مضى ولو زاد على قيمة العبد وبأكثر كالمحاباة.

• ش:

هذا قسم قوله سابقا (وإن أسلمت)؛ يعني: أن الزوج إذا فدته من المجني عليه سواء جنى وهو بيدها أو بيد الزوج فلا يخلو إما أن تفديه بقدر أرش الجناية فأقل أو بأكثر من أرشها بقدر أرش الجناية فأقل مضى ذلك على الزوج ولو زاد الفداء على قيمة العبد فلا يأخذ منه الزوج نصفه إلا بنصف الفداء الذي دفعته وإن فدته بأكثر

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فهي فيها مخيرة) أي: فوسع لها ولم يضيق عليها بخلاف البيع فإنه من الأمور الحاجية وإن كان مخيرًا فيه لكن فرق شارحنا أولى لأن هذا يرد عليه إشكال وأما فرق الشارح فلا يرد عليه. انظر حاشية الخرشي. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نصف المحاباة) أي: عند محمل وأما عند غيره وهو اللخمي فلا يرجع عليها بشيء. اهـ.

من الأرش فالحكم فيه كالمحاباة السابقة في التخيير فيخير الزوج بين أن يجيز فعلها ولا شيء له منه وبين أن يدفع لها نصف أرش الجناية فقط دون الزائد ويأخذ فلها نصف العبد فيكون شريكا لها فيه.

فقوله: (كالمحاباة) أي المحاباة في التسليم أي تسليم العبد للمجني عليه الذي تقدم ذكره؛ يعني: أن الفداء بأكثر من الأرش كالمحاباة في التسليم في أن للزوج المشاركة بدفع نصف الأرش.

فإن قلت: إن فدائه بالأكثر محاباة، فقوله: (كالمحاباة) فيه تشبيه الشيء بنفسه.

فالجواب: أن المعنى فحكم فدائها بالأكثر كحكم إسلامها حيث حابت فيه في التخيير.

● ص:

ولأب المجبرة إسقاط النصف قبل البناء بعد الطلاق كقبله إن تحققت المصلحة فإن تحقق عدمها منع وفي الجهل خلاف.

● ش:

يعني: أنه يجوز لأبي المجبرة بكرا أو ثيبا صغرت دون غيره[1] من الأولياء أن يسقط عن الزوج نصف الصداق قبل البناء وبعد الطلاق، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة:٢٣٧].

وقوله: (المجبرة) إشارة أنه لا مفهوم للبكر في الأصل، وقوله: (كقبله) الكاف فيه داخله على محذوف أي كعفوه قبل الطلاق أو كإسقاطه قبل الطلاق؛ أي: وكذا يجوز للأب أن يعفو عن نصف الصداق[2] قبل الطلاق إن تحققت المصلحة[3] في العفو فإن[4] تحقق فيه عدم المصلحة منع.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دون غيره) أي: غير الأب ولو كان وصيا مجبرا وحصن الأب بذلك لشدة شفقته دون الوصي وغيره من الأولياء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نصف الصداق) أي: وأولى أقل منه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن تحققت المصلحة) كعسر الزوج فيخفف عنه بطرح البعض. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (العفو بعده... إلخ) لأنه إذا دخل بها الزوج وافتضها فقد وجب جميع صداقها بالمسيس لها إلا في الموضع الذي أذن له فيه وهو قبل المسيس لقوله تعالى:=

وأما إن جهلت المصلحة فخلاف كما في الخَرَشِي، وفي المدونة منع مالك العفو قبل الطلاق.

ابن القاسم: إلا لمصلحة واختلف هل كلامه مفسر لكلام مالك بحمل كلام مالك على غير مصلحة أو مخالف له بحمل كلامه على ظاهره.

ومفهوم قوله: (قبل البناء) أنه ليس للأب العفو بعده؛ لأنها لما صارت ثيبا صار الكلام لها وهذا إن كانت رشيدة وإلا فالكلام للأب وحينئذ فله أن يعفو عن بعض الصداق لمصلحة، كما يجوز له الرضا في المفوض لها بدون صداق المثل بعد الدخول. أفاده «خ».

تنبيه:

قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة:٢٣٧]، فسر فيه أئمتنا الذي بيده عقدة النكاح بأبي المجبرة. وفسره أبو حنيفة بالزوج ومعنى عفوه أنه يكمل لها الصداق بالنصف الآخر انظر «حش».

● **ص:**

وقبضة مجبر ووصي[1] وصدق في التلف بيمين.

● **ش:**

يعني: أن الذي له قبض الصداق من الزوج هو المجبر وهو الأب في البكر وإن عنست وفي الثيب إن صغرت والسيد في أمته ثيبت أو لا بلغت أو لا، والوصي على الجبر فالمجبر شامل للأب والسيد والوصي الذي له الجبر.

وأما قوله: (ووصي) فالمراد به وصي المال وهو مقدم على وصي الجبر، وكذا ولي السفيهة[2] غير المجبرة له قبض صداقها، ثم إن من له قبض الصداق من هؤلاء

= ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ...﴾ [البقرة:٢٣٧] الآية، وإذا منع العفو في الصفوة بعد الدخول ففي السفيهة أحرى، وكذا لا يجوز العفو عن شيء من الصداق بعد الموت ولو قبل البناء. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ووصي) أي: أوصاه الأب بنكاحها وأمره بجبرها أو عين له الزوج. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وكذا ولي السفيهة) ومحل كون المجبر من أب ووصي يقبض ما لم يكن له ولي كأن يكون الأب أو الوصي سفيها فيقبض وليه المال. اهـ.

الأشخاص المتقدمة إذا قبض الصداق وادعى تلفه أو ضياعه بلا تفريط فإنه يصدق في دعواه بيمينه[١] ولا يحتاج لبينة على التلف الذي حلف عليه ولا يغرمه الزوج مرة ثانية للزوجة فمصيبة على الزوجة فلا رجوع لها على ولي ولا زوج.

وإذا ادعت على الولي أنه لم يقبضه من الزوج لأجل براءته أي الزوج.

وبعبارة: إذا ادعى من له قبض الصداق تلفه أو ضياعه من غير تفريط، صدق بيمينه ولو لم تقم على تلفه أو ضياعه بينه كان مما يغاب عليه أم لا.

وكذا تصدق الزوجة إذا قبضته لكن المجبر أو الوصي يصدق مطلقا، وأما هي فتصدق بالنظر لعدم لزومها التجهيز به، وأما بالنظر لرجوع الزوج عليها بنصفه في الطلاق فلا تصدق.

وقوله: (صدق بيمين) أي سواء كان ظاهر الصلاح أو لا وظاهره أن السيد يحلف وهو ظاهر[٢] حيث يلزمه التجهيز وإلا فلا.

• **ص:**

ورجع الزوج إن طلق قبل البناء في مالها إن أيسرت يوم الدفع.

• **ش:**

يعني: إذا قلنا بتصديق من له قبض الصداق في التلف والضياع وإن مصيبته من الزوجة، فإذا طلقها الزوج قبل البناء فإنه يرجع عليها بنصف الصداق[٣]، فيأخذ من مالها إن كانت موسرة يوم دفع الزوج الصداق لمن له قبضه، ولو أعسرت يوم القيام وهي مصيبة نزلت بها، وإنما رجع عليها في هذه الحالة لأن من له قبضه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بيمينه) أي: لقد تلف أو ضاع بغير تفريط ولا يقال فيه تحليف الولد لوالده وهو ممنوع لأننا نقول: قد تعلق به حق للزوج وهو الجهاز به فإن كانت سفيهة مهملة وعقد لها الحاكم وقبض صداقها وادعى تلفه، فهل يحلف من حيث أنه ولي لا من حيث أنه حاكم أو لا وهو الظاهر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وظاهره... إلخ) قال «تت»: وانظر هل يحلف السيد لحق الزوج أو لا لأن المال له. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بنصف الصداق) أي: الذي دفعه لمن له قبضه لأنه كالوكيل لها. اهـ.

كالوكيل[١] عنها.

ومحل الرجوع عليها إن كان مما يغاب عليه ولم تقم[٢] على هلاكه بينة وإلا فلا رجوع له عليها.

وأما إن كانت معسرة يوم الدفع فلا يرجع الزوج عليها ومصيبته منه ولو أيسرت بعد ذلك لئلا يجتمع عليها عقوبتان ضياع مالها[٣] مع ما حصل لها من الكسر بالطلاق واتباع ذمتها فتحصل أن من قبضه يصدق في تلفه فإن حصل طلاق قبل البناء رجع الزوج عليها بنصفه إن أيسرت يوم الدفع وكان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة وإلا فلا يرجع عليها بشيء.

● ص:

وإن لم يدع التلف ضمن، ولو دفعه لها عينا إلا أن يشهد على توجيه الجهاز.

● ش:

(لها) مقابل لقوله سابقا: (وصدق في التلف)؛ يعني: أن من له قبض الصداق إذا لم يدع تلفه فإنه يضمنه ولو دفعه للزوجة عينا؛ لأن الواجب عليه تجهيزها به فيطلبه الزوج منه يشتري لها به جهازا إلا أن يشهد الولي على توجيه الجهاز لبيت البناء وإن لم يصحبه الشهود إلى البيت ولا تسمع دعوى الزوج حينئذ أنه لم يصل إلى بيته فإذا أشهد على توجيهه بيت البناء بريء من الضمان وأولى يبرئ إذا أورده بيت البناء أو دفع الجهاز لها وأشهد على ذلك؛ فلذا لم يذكر ذلك «المص» كما ذكر الأصل، ولا بد من تقويم الجهاز الذي دفعه الولي لها ليعلم نسبته مع الصداق.

والحاصل: أنه لا يبريء الولي[٤] من الصداق إلا أحد أمور ثلاثة:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالوكيل عنها) وإنما لم يجعل القابض كالأمين في أنه لا ضمان على أحد الزوجين إذا ادعى الأمين تلفه لأن قبضه هنا بغير الأمانة بل يجعل الشرع له قبضه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولم تقم على هلاكه بينة... إلخ) وأما إن قامت على هلاكه بينة مطلقا أو لم تقم وكان مما لا يغاب عليه فلا رجوع له عليها كانت موسرة يوم الدفع أو موسرة لأن ضمانه منهما. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ضياع مالها) أي: الذي هو عبارة عن النصف الذي يخصها. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا يبرئ الولي... إلخ) أي: بالنسبة لدفع الصداق لها فلا ينافي =

الأول: أن يشتري به جهازًا يصلح لها وتشهد البينة بدفعة لها ومعاينة قبضها له ولا يحتاج لإقرارها بالقبض.

الثاني: أن يشتري الجهاز ويحضره لوليته بيت البناء وفقا بين البينة بدفعه لها ومعاينة[1] قبضها له ولا يحتاج لإقرارها بالقبض.

الثالث: أن يشتري الجهاز ويوجهه إلى بيت البناء بعد تقويمه[2] ومعاينته ولا تفارقه البينة حتى يوجه إلى بيت البناء وإذا لم يصحبه الشهود إلى البيت ولا تسمع حينئذ دعوى الزوج أنه لم يصل إلى بيته.

● ص:

ثم القبض لها.

● ش:

أي: ثم إن لم يكن للمرأة مجبر ولا وصي ولا مقدم قاض فقبض الصداق لها أي للزوجة حيث كانت رشيدة وإلا فالحاكم أو جماعة المسلمين قاله «الش».

وبعبارة: إذا لم يكن للمرأة مجبر ولا وصي ولا مقدم فهي التي تقبض مهرها لا ولي عقدها إلا بتوكيل منها على قبضه وهذا إذا كانت رشيدة فإن لم تكن رشيدة فيقبضه لها وليها في المال ومنه الحاكم[3] وانظر لو ادعى التلف هل يحلف من حيث أنه ولي[4] أم لا وهو الظاهر. أفاده «خ».

وإذا قبضته الزوجة الرشيدة ثم ادعت تلفه صدقت بيمين ولا يلزمها تجهيزها بغيره.

= ما تقدم من أنه إذا ادعى تلفه أو ضياعه فإنه يصدق. اهـ.

تنبيه: للزوج سؤال الولي فيما صرف نقده فيه من الجهاز وعلى الولي تفسير ذلك ويحلفه إن اتهمه.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ومعاينة) عطف تفسير. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بعد تقويمه) لأنه عند عدم التقويم لا يدري هل اشتراه بكل الصداق أو ببعضه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ومنه الحاكم) أي: ومن ينوبه ولا يقبضه أخوها ولا ابن عمها ولا ابنها الذي يتولى عقد نكاحها. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من حيث أنه ولي) أي: لا من حيث كونه حاكم يتولى الحكم بين المسلمين. اهـ.

● ص:

فإن قبض غيرها ضمن ولها اتباع الزوج.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا لم يكن لها مجبر ولا وصي وقلنا أنها تقبض صداقها فتعدى غيرها وقبضه من الزوج بلا توكيل منها فتلف، فإن ذلك القابض يضمنه لها لتعديه بالقبض والزوج أيضا متعد بالتسليم إليه فإن شاءت المرأة اتبعت القابض لتعديه وإن شاءت اتبعت الزوج لتعديه التسليم إليه فإذا أخذته من الزوج رجع به على القابض وإذا أخذته من القابض لم يرجع به على الزوج، فقرار الغرم على القابض كما يشير له قوله: (ضمن) وهكذا الحكم إذا كان القبض للمجبر والوصي فأقبضه الزوج لغيرهما بغير توكيل منها فإن القابض يضمن ويرجع من له القبض عليه أو على الزوج.

واعلم أن القابض يضمن ولو قامت له بينة على التلف أو الضياع بلا تفريط.

● ص:

ولا يقبل قول من أقر بالقبض أنه ظن الخير وحلف الزوج في كعشرة الأيام[1].

● ش:

صورة المسألة: أن من له قبض الصداق من زوجة أو مجبر[2] أو وصي أقر على نفسه بحضرة الشهود أنه قبض الصداق من الزوج ثم قال بعد ذلك: ما قبضت منه شيئا. وإنما قلت: ذلك توثقة مني بالزوج وظني فيه الخير وقال الزوج: بل دفعته له فإنه لا يقبل من المقر ذلك ولا تسمع دعواه؛ لأنه مكلف يؤاخذ بإقراره وإن أراد تحليف الزوج أنه أقبضه الصداق فله أن يحلفه بالقرب كعشرة أيام من يوم الإقرار

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وحلف الزوج في كعشرة... إلخ) فإن نكل الزوج ردت اليمين على الولي إن كانت دعوى تحقيق فإن نكل الولي فلا رجوع له وإن حلف أخذه من الزوج وإن كانت دعوى اتهام غرم الزوج بمجرد نكوله ولا ترد اليمين على الولي. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو مجبر... إلخ) فلو كان المجبر هو الأب فإن ابنته ترجع عليه بالصداق لتفريطه باعترافه بالقبض. اهـ.

وأدخلت الكاف الخمسة زيادة على العشرة فإن طال الزمن عن نصف شهر فلا يمين على الزوج.

وجرى «المص» في تعريف العدد المضاف على مذهب البصريين من إدخال (أل) على المضاف إليه فيتعرف الأول بالإضافة بخلاف ما في الأصل، فإن في بعض نسخه: كالعشرة أيام، وهو لا يوافق المذهب البصري ولا الكوفي.

وأجيب عنه بأن ذلك قول لبعض الكوفيين فجرى عليه وبأن أيام بدل من العشرة وإبدال النكرة من المعرفة جائز، وفي بعض النسخ التي وقفت عليها: كالعشرة الأيام، بتعريف الجزأين وعليها فلا إشكال لأنه جرى في ذلك على مذهب الكوفيين.

قال «عج»:

وَعَـــدَدًا تُرِيدُ أَنْ تُعَرِّفَا ... فَأَلْ بِجُزْأَيْهِ صِلَنْ إِنْ عُطِفَا
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُرَكَّبًا فَالأَوَّل ... وَفِي مُضَافٍ عَكْسُ هَذَا يُفْعَلُ
خَالَفَ الْكُوفِيُّ فِي الأَخِيرِ ... فَعَرَّفِ الْجُزْأَيْنِ يَا سَمِيرِ

ووجه كلام البصريين في إدخال (أل) على المضاف إليه أنه إذا تعرف المميز بأل تعرف العدد بالإضافة للمعرفة.

وقوله: (أنه ظن الخير) مقول القول؛ أي: لا يقبل قول المقر بالقبض أنه ظن الخير بالزوج وأنه لا ينكر ما عنده. والله أعلم.

* * *

[وصل في حكم تنازع الزوجين]

● ص:

وصل.

● ش:

ذكر فيه حكم تنازع الزوجين في النكاح من أصله[1] أو في الصداق قدرًا لو جنسا أو صفة أو اقتضاء أو في متاع البيت وما يتعلق بذلك، فقال:

● ص:

إن تنازعا في الزيجة فلا تثبت إلا بعدلين ولو على سماع مع كالدخان[2].

● ش:

قوله: (تنازعا) أي الشخصان أو المتنازعان المفهومان من تنازعا أو الزوجان باعتبار زعم مدعيها منها وإلا ففي وقت التنازع لم تكن زوجية ثابتة بينهما؛ لأن أحدهم يدعيها وينكرها الآخر.

والمعنى: أنه إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته فأنكرت أو ادعت امرأة على رجل أنه زوجها فأنكر فلا تثبت الزوجية بينهما إلا بشاهدين عدلين يشهدان على القطع بالزوجية بسبب معاينة العقد بل ولو على السماع الفاشي بالزوجية مع ما يقوي شهادتهما كالدف والدخان بأن يقولا: لم نزل نسمع من الثقاة وغيرهم أن فلانا زوج لفلانة أو أن فلانة زوجة فلان مع معا ينشأ للدف والدخان.

ويحتمل أن الدف والدخان من جملة مسموعهم أي لم نزل نسمع بالزوجة ونسمع أيضًا أن فلانة زفت لفلان بالدف أو عمل لها وليمة.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من أصله) أي: في أصله؛ أي: تنازعا في أصل النكاح؛ أي: وجوده وفيه إشارة إلى أن التنازع في الصداق تنازع في النكاح لكن ليس تنازعا في أصله بل تنازع في قدره. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الدخان) أي دخان الوليمة. اهـ.

ويحتمل أن المراد أنه لا بد من وجود الدف والدخان سواء كان الذي عاينها بينة السماع أو غيرها ممن سمعت منه.

ذكر «بن» أن لا بد في شهادة العدلين من تفصيل أمور[1] العقد ولا يكفي الإجمال. قال «حش»: ولعل ذلك في غير[2] بينة السماع؛ لأنه يندر معها التفصيل فيكتفي بتقويتها بالقرائن كالدخان ليكون ذلك عوضا عن طول الزمن بالسماع. اهـ.

فعلم بذلك أن الدف والدخان لا بد من اعتبارهم قيدا في بينة السماع خلافا لقول «عبق» لا ينبغي أن يعتبر ذلك قيدا أو؛ إنما خرج مخرج التمثيل فيكفي السماع الفاشي ولو بغير اعتبارهما وتبعه على ذلك من تبعه؛ وإنما تعتبر بينة السماع في امرأة تحت حوزة أو غلبة من الأزواج؛ لأن بينة السماع لا ينزع بها من يد حائز. ثم إن لم توجد بينة قطع ولا سماع فلا يمين على المدعي عليه المنكر؛ لأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها بل ولو أقام المدعي في النكاح شاهدا واحدا فلا تتوجه اليمين على المنكر إذ لا ثمرة في توجيهها عليه إذ لو توجهت عليه فنكل لم يقض بالشاهد والنكول أي: لا يثبت النكاح بذلك. فالشاهد الواحد في النكاح كالعدم احتياطا في الفروج.

ويأتي في الشهادات أن المدعى عليه يحلف بإقامة شاهد في طلاق وعتق لا نكاح. فالنكاح مستثنى من مفهوم بمجردها في قولهم: كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين. فلا يمين بمجردها وذلك لأن مفهوم بمجردها أنها أن لم تتجرد بل وجد معها شاهد واحد فإنه يحلف المدعى عليه لرد شهادة الشاهد إلا النكاح فلا يمين على المدعى عليه.

وقال ابن القاسم: يحلف لرد شهادة الشاهد، وعليه فإن لم يحلف سجن. فإن طال دِينَ، وقال «الش»: فلا يمين هنا ظاهره ولو في الزوجين الطارئين[3]، وهو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من تفصيل أمور في العقد) أي: بأن تقول سمى لها كذا النقد منه كذا أو الموجل كذا أو عقد لها وليها فلان. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في غير بينة السماع) أي: في بينة القطع. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو في الزوجين الطارئين) أي: على الراجح وقيل: يلزمه وهو =

المعروف من المذهب كما لابن عرفة، وصدر ابن رشد بحلف المدعي عليه في الطارئتين[1] لأنه يثبت نكاحهما بالإقرار وهو وجيه.

● **ص:**

وحلف مع الشاهد بعد الموت وورث.

● **ش:**

قد عرفت أن الشاهد الواحد لا تثبت به الزوجية ولا يتوجه به يمين على المنكر وهذا في حال الحياة.

وإما في حال الموت فإن المدعي منهما إذا أقام شاهدا على الزوجية يحلف معه ويرث. فاذا ادعت امرأة على ميت أنه كان زوجها وأقامت على ذلك شاهدا واحدا أو امرأتين على عقد النكاح لا على الإقرار به؛ فإنها تحلف مع شاهدها وترث عند ابن القاسم؛ لأن الدعوى التي إلى مال.

وهل ترث ولو كان ثم وارث ثابت النسبو هو ولا صداق لها أي: لهذه المرأة التي ادعت الزوجية؛ لأن الصداق من توابع الحياة لكونه في نظير الاستمتاع؛ ولذا لا يؤخذ به الزوج إذا أقر بزوجيتها بعد موتها كما في «عب» عند ابن دحون وعليها العدة لحق الله تعالى. ولا تمكن من نكاح أصوله وفصوله؛ عملا بإقرارها في حق نفسها. ثم أنها إذا حلفت على الزوجية ورثت عند ابن القاسم كما مر.

ولا يتأتى هنا يمين استظهار كما في «الش» إنما هي في الديون وقال أشهب: لا ترث؛ لأن الإرث فرع الزوجية وهي لا تثبت بالشاهد واليمين.

= قول سحنون، ونص ابن رشد في رسم النكاح من سماع أصبغ: ولو لم تكن المرأة تحت زوج وادعى رجل نكاحها وهما طارئان وعجز عن إثبات ذلك لزمتها اليمين؛ لأنها لو أقرت له بما ادعاه من النكاح كانا زوجين، وقيل: لا يمين عليها؛ لأنها لو نكلت عن اليمين لم يلزمها النكاح. اهـ. وعزا الثاني ابن عرفة لمعروف المذهب والأول لسحنون. انظر البناني، وعلى ما قاله سحنون من اليمين فإن لم يحلف المنكر سجن له فإن طال دين. واعلم أن ما قاله سحنون مبني على أن الطارئين يثبت نكاحهما باقرارهما بالزوجية مطلقا. والمشهور تقييد ذلك بما اذا لم يتقدم نزاع. اهـ.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في الطارئين) واستظهر بعضهم أنه لا يلزم الزوج صداق لأن المرأة منكرة للزوجية. اهـ.

وإذا ادعى الرجل بعد موت امرأة أنها زوجته وأقام شاهدا حلف معه وورث؛ لأنها دعوى آلت للمال كما سبق.

ومثل الشاهد المرأتان والإرث في هذه أيضا مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب ولا صداق على الزوج أيضا؛ لأنه من توابع الحياة ولا غيره من تعلقات الزوجية فلا يكون محرما لأصولها وفرعها بحيث تثبت له تعليقات الزوجية فلا يكون محرما لأصولها وفروعها بحيث تثبت له أحكام المحرمية معهن. كجواز الخلوة بهن. والسفر معهن. ونحو ذلك إلا أنه لايجوز له نكاح أربعة غيرها إذا ادعى زوجيتها حال حياتها إلا أن يطلقها كما يفيده «حش» وسيأتي لـ«المص».

والحاصل: أنه إذا ادعى أحدهما الزوجية بعد موت الآخر وأقام على ذلك شاهدا فإنه يحلف[1] مع الشاهد ويرث.

وأما لو ادعى أحدهم حال الحياة زوجية الآخر ثم مات المدعى عليه فهل يعمل بدعوى المدعي أو لا؛ لأنها دعوى نكاح والدعوة التي بعد الموت دعوى مال؟ محل نظر، هذا ما يفيده «خ».

وعبارة «دص» تفيد أنه إذا ادعى أحدهم الزوجية في حال حياة الأخر وأقام على لك شاهدا واحد فلم يعمل به. ثم مات المنكر فإن يحلف مع شاهده ويرثه.

تنبيه:

تقدم أن الإرث هو المروى عن ابن القاسم وعلله بأن الدعوى آلت إلى مال فتثبت بالشاهد واليمين. ولا يقال يلزم على علته أن يكون الحكم كذلك في الحياة لأننا نقول لو ثبت[2] على ثبوته أحكام أخر غير المال كلحوق النسب وغيره فأما إن ثبت كل تلك الأحكام وهو باطل باتفاق أو تثبت الأحكام المالية خاصة مع ثبوت الزوجية وهو تناقض[3] كما في التوضيح.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه يحلف مع الشاهد) أي: يمينا واحدة مكملة للنصاب. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لو ثبت) يقال: لا يثبت النكاح بل يعتبر ذلك في حال الحياة من حيث المال فقط. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وهو تناقض) لأن مقتضى ثبوت الزوجية ثبوت الأحكام المالية وغيرها. اهـ.

● ص:

ووقفت المرأة لبينة أو ثان أن قرب.

● ش:

يعني: أن إذا ادعى رجل على امرأة أنها امرأته وزعم أنه له بذلك بينة تشهد له ولو بالسماع أو أقام شاهدا واحدا وزعم أن له ثانيا وأكذبته المرأة[1] في دعوى ورأى الحاكم لدعواه وجها بأن ادعى نكاح امرأة تشبه نسائه فإن المرأة تتوقف عن نكاح غيره بأن يأمرها الحاكم بانتظاره حتى يأتي ببينة أو شاهد فلا تتزوج غيره إن كانت خلية من الأزواج ولا يطأها الزوج إن كانت متزوجة فإن أتى بالبينة أو الشاهد الثاني حكم له عليها بالزوجية ومحل إيقافها للبينة أو الشاهد الثاني إن قرب الأمر بحيث يكون لا ضرر على المرأة في الانتظار فإن كانت البينة بعيدة بعدا يضر بالمرأة فلا تؤمر بالانتظار تتزوج متى شاءت كما إذا لم يأت بالبينة والشاهد بعد الانتظار أو لم يدع ببينة أصلا.

وكذا إذا ادعى شخص رقية عبد فإن العبد يوقف إلى إحضار البينة ويحبس مدة الإيقاف إلا لضامن يضمن قيمته ويوقف خراجه أيضا إلى الثبوب أفاده «الش».

وإذا وقفت المرأة فيؤخذ منها حميل بالوجه أو تجعل عند أمينة تحبس عندها أفاده «الش» أيضا.

إلا أن قوله: (يأخذ الحميل بالوجه) تبع فيه «عب» والذي صوبه العدوي عدم الكفالة هنا؛ لأنها لا تصح في الأحكام البدنية كمن ترتب عليه حد مثلا وإنما تكون فيما يقبل النيابة كالديون بحيث يؤديها الكافل ويقوم مقام المكفول انظر «حش».

ونفقة المرأة في مدة الإيقاف على من يقضى له بها. وقيل: لها النفقة وعلى من قضي له بها إن كان امتناعها عنه لشبهة كتغيير صفات كانت معروفة فيه كسمن أو نحافة أو سواد أو بياض ونحو ذلك أما إذا كان امتناعها منه لغير شبهة فلا نفقة لها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأكذبته المرأة... إلخ) أي: أنكرت المرأة أن يكون قد تزوجها أصلا. اهـ.

وإذا كانت المرأة هي المدعية على الزوج وكان امتناع الزوج منها لشبهة فإن الشبهة تسقط عنه النفقة زمن الإيقاف إذا قضي عليه بالزوجية بشهادة البينة هذا أما يفيده «الش».

ومقتضي كلامه أن «المص» شامل للدعوى على خلية أو ذات زوج وهو كذلك فإن الحكم فيهما واحد كما أشرنا له سابقا ولما ذكر الأصل المسألتين حمله شراحه على أن إحداهما في ذات الزوج والأخرى في الخلية من الأزواج لكن إذا ادعى الزوجية على ذات زوج فإن الزوج المسترسل عليها يؤمر باعتزالها[1] فلا يقربها بجماع ولا بمقدماته فإذا أحضر المدعي البينة أو الشاهد الثاني فإنها ترد لعصمته ولا يقربها حتى يستبرأها من ماء الزوج المسترسل عليها إن كان وطأها فإن لم يحضر البينة أو الشاهد الثاني بقيت في عصمته زوجها المسترسل عليها ولا يمين عليه ولا عليها؛ لأجل الشاهد الذي أقامه المدعي.

● **ص:**

ثم عجزه القاضي فلا تسمع بينته.

● **ش:**

يعني: أنها إذا وقفت المرأة لإحضار بينته ومضى أجل الانتظار ولم يأت بالبينة أو كانت بعيدة فإنه يعجزه القاضي بعد التلوم أي: يحكم بعجزه وعدم قبول دعواه أو بينته ويأمر المرأة بالتزوج إن شاءت فإذا عجزه وأتى بعد التعجيز ببينة فلا تسمع ببينته على الراجح سواء تزوجت المرأة أو لا.

وقول الأصل وظاهرها القبول ضعيف ويجوز للقاضي تعجيز المدعى إذا لم يأت ببينة في كل حق إلا فيما يتعلق به حق الله تعالى كالعتق والطلاق والنسب والحبس والدم وضابطه[2] كل حق ليس لمدعيه إسقطه بعد ثبوته وسيأتي ذلك في الأقضية.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يؤمر باعتزالها... إلخ) هذا حيث كان الشاهد يشهد بالقطع لأعلى السماع لأن بينه السماع لا تنفع فيما تحت زوج. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وضابطه... إلخ) انظره فإنه لا يأتي في الدم لأن له إسقاطه. اهـ.

ومفهوم قوله: (ثم عجزه) أنه إذا لم يعجزه القاضي فإنها تسمع بينته.

● ص:

وعومل بدعواه فليس له نكاح أربعة غيرها إلا أن يطلق بائنا.

● ش:

يعني: أن هذا الذي ادعى نكاح امرأة وعجز عن البينة يعامل بمقتضى دعواه فإذا كان معه ثلاث زوجات وأراد أن يتزوج رابعة غير المتنازع فيها فإنه لا يمكن من الرابعة لاعترافه أنها في عصمته إلا أن يطلق بائنا فيها أو في غيرها أو تموت إحداهن.

واستظهر «حش» أن طلاق المتنازع فيها يكون بالتعليق بأن يقول: إن كانت زوجتي فهي طالق وكذلك المرأة إذا ادعت نكاح رجل وكذبها لا تمكن من نكاح غيره لاعترافها أنها ذات زوج ولا يكفي رجوعها بل ترفع الأمر للحاكم فيطلق عليه واستظهر «حش» أيضا أن تطليقها عليه يكون بالتعليق كالتي قبلها.

وفهم من قوله: (إلا أن يطلق) أنه ليس له تزويج رابعة غيرها برجوعه عن دعواه وتكذيبه نفسه.

واستظهر بعض المتأخرين عدم حد من تزوج خامسة قبل طلاق واحدة من الأربع لا سيما إن كان ثم من يقول بجواز نكاح الخامسة في الغرض المذكور. قاله «خ».

● ص:

وإن قامت لرجلين فسخا ببائن.

● ش:

صورتها أن امرأة ادعاها رجلان فقال كل منهما: هي زوجتي وأقام كل منهما[1] بينة تشهد له بذلك فإن النكاحين يفسخان بطلاق بائن لاحتمال صدقهما[2] كذات

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأقام كل منهما... إلخ) أي: والحال أنه لم يعلم السابق منهما. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لاحتمال صدقهما) أي: وأنها زوجة لكل منهما وأنها تزوجت بهذا قبل الآخر. اهـ.

الوليين إذا جهل زمن العقدين سواء صدقتهما[١] أو كذبتهما أو صدقت أحدهما دون الآخر أو سكتت ولا ينظر هناك لدخول[٢] ولا عدمه ولا ينظر لعدالة ولا لتاريخ ولا غير ذلك من المرجحات؛ لأنه لا ينظر لذلك إلا في الأموال.

وقيل: يعمل هنا بالتاريخ واعتمده «عج» ودرج عليه «الش» وذكر «دك» أنه الأرجح[٣].

وعبارة «دص»: ولا ينظر لأعدلية إحداهما ولا لغيرها من المرجحات إلا التاريخ فإنه يعمل بالسابقة في التاريخ ولو أرخت إحداهما فقط بطلت كعدم التاريخ بالمرة على الأرجح.

وضمير التأنيث في (قامت) للبينة و(بائن) صفة لمحذوف أي: وإن قامت بينة النكاح لرجلين ادعيا نكاح امرأة فسخ النكاحان بطلاق بائن حيث لم يعلم الأول بأن لم يؤرخا أو أرخا بوقت واحد أو مرتب كسبت وأحد ولم يعلم الأسبق وإلا عمل به.

تنبيه:

سيأتي أن إنكار الزوج لا يعد طلاقا فإذا ادعت امرأة على رجل أنه زوجها فأنكر فأقامت عليه بينة ولم يأت ولم يأت بمدفع فحكم القاضي عليه بالزوجية فإنه لا يعد إنكاره طلاقا إلا أن ينوي به الطلاق[٤] ويلزمه والدخول النفقة عليها. نعم إن تحقق أنها ليست زوجة في الواقع وجب عليه تجديد عقد لتحل له.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (صدقتهما) أي: على سبيل الاحتمال إذ لا يجتمع عليها رجلان. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لدخول... إلخ) أي: وحينئذ فلا يكون الداخل أولى بها ولابد من الفسخ كذا قال ابن عبد الحق فخلافا لابن لبابة وابن الوليد وابن غالب حيث قالوا: إن دخل بها أحدهما كانت له فجعلوها كذات الوليين. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أنه الأرجح) وهو ما في أبي الحسن والتوضيح وقال القاضي: لا يعتبر هنا شيء من المرجحات حتى التاريخ ويتحتم فسخ النكاحين مطلقا. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا أن ينوي به الطلاق... إلخ) لأنه يلزم بكل كلام بنية والحاصل: أن إنكاره إنما يكون طلاقا إذا نوى ذلك وأثبتت الزوجية عليه فإذا وجد الأمران لذمته طلقة إلا أن ينوي أكثر ويحتاج لعقد إذا كان إنكاره الذي نوى به الطلاق قبل الدخول أو بعده وكانت العدة قد تمت. اهـ.

● ص:

وقبل إقرار[1] أبوي الصغيرين الطارئين.

● ش:

يعني: أنه يقبل إقرار أبوي الصغيرين بنكاح ولديهما فإذا أقر أبو الصبي وأبو الصبية بأنهما زوجان فإنه يثبت نكاحهما بإقرار أبويهما سواء كانا حيين أو ميتين أو أحدهما ويثبت بذلك التوارث بينهما.

وكذا يقبل إقرار الزوجين الطارئين على بلدة فإذا قدم رجل وامرأة على بلدة وأقرا بأنهما زوجين ثبتت الزوجية بينهما فإذا مات أحدهما ورثه الآخر بلا خلاف وأما إذا كانا غير طارئين بأن كانا بلديين أو أحدهما وأقرا بالزوجية من غير ثبوت ثم مات أحدهما ففي إرثهما خلاف كما أشار له بقوله:

● ص:

وفي الإرث بإقرار غيرهما خلاف.

● ش:

يعني: أن الزوجين البلديين أو أحدهما إذا أقرا بأنهما زوجان ثم مات أحدهما فهل يرثه الآخر أو لا؟ خلاف

فقال ابن المواز: يتوارثان والزوجية ثابتة بينهما.

وقال غيره: لا يتوارثان لعدم ثبوت الزوجية. والقول بالإرث لا يقيد بعدم الوارث فيرث أحدهما الآخر ولو كانا ثم وارث ثابت النسب ثم إن هذا الخلاف الذي في إرث غير الطارئين قيده «عج» وغيره بما إذا كان الإقرار في الصحة وإلا فلا خلاف في أنه لا إرث بينهما كما أن محل الإرث في الطارئين حيث كان الإقرار في الصحة وإلا فلا؛ لأن الإقرار في المرض كإنشائه فيه وإنشاؤه فيه ولو بين الطارئين مانع من الإرث.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إقرار... إلخ) والسكوت ليس كالإقرار فإذا أقر أحدهما وسكت الآخر فإن سكوته لا يعد إقرارا. ومفهوم المصنف: أنه لا يثبت نكاح البالغين السفيهين بإقرار أبويهما ويجري فيه ما جرى في إقرار الرشيدين. اهـ.

وهذا التقييد رده الرماصي بأن آخر عبارة الجواهر: احتضر فقال لي زوجة بمكة فقدمت وصدقته ورثت كعكسه وهو ما إذا قالت: لي زوج بمكة فأتى بعد موتها وصدقها فإنه يرثها.

قال «بن»: ولعل الإرث في عبارة الجواهر لضعف التهمة بغيبة المقر به فالمقر به لما كان غائبا ضعفت التهمة في إقرار المختضر له وإذا كان كذلك فيفصل في المرض بين الإقرار لغائب فيقبل أو حاضر فلا يقبل؛ لأن الحاضر قد يراعى فتقوى فيه التهمة على أن الاحتضار يبعد في حالته الكذب.

والاحتضار قد زيد على المرض الذي جعله «عج» مانعا من الإرث فعلم من ذلك أن عبارة ابن شاش في الجواهر ليس فيها دليل واضح على رد كلام «عج» كما ادعى الرماصي.

والحاصل: أن التقييد بالصحة فيه نزاع والراجح عدم التقييد فلا يشترط الإقرار في الصحة.

تنبيه:

إذا أقر شخص بوارث غير ولد ولا زوج بل بأخ أو عم أو ابن عم ونحوهم وكان المقر به غير معروف النسب ولم يعلم منه تصديق ولا تكذيب وليس للمقر وارث ثابت النسب يحوز جميع المال بأن لا يكون وارث أصلا أو وارث يحوز بعض المال فهل يرث المقر به من المقر أو لا؟ خلاف وهذا الخلاف خصه المختار بما إذا لم يطل الإقرار فإن طال فلا خلاف في الإرث.

وأما الإقرار بالولد فهو استلحاق في العرف ويرث قطعا وأما الإقرار بالزوج فقد سبق في «المص» وأما إذا كان المقر به معروف النسب فيرث ولو كذب قطعا المقر به المقر لم يرث قطعا ولو صدقة لكان إقرار من الجانبين فيرث كلا منهما الآخر ولو كان هنا وارث ثابت النسب لم يرث المقر به من المقر شيئا.

ذكر ذلك الأصل وشراحه ولم يذكره «المص» هنا؛ لأنه سيأتي في الاستلحاق ولذا قال «الش» في الاعتذار عن عدم ذكره هنا: وأما الإقرار بوارث فسيأتي في الاستلحاق.

● ص:

والطلاق وأنا مظاهر إقرار.

● ش:

(الطلاق) مبتدأ وما بعده عطف عليه و(إقرار) خبر والمراد بالطلاق ما يشمل الخلع وغيره من ألفاظ الطلاق الواقع من الزوج خلعا أو غيره إقرار منه بالزوجية. وكذا قولها لها: أنا مظاهر منك أو بائن أو حرام إقرار منه إذا وقع منه ما ذكر جوابا لقولها: طلقني أو أنت زوجي.

فإذا قالت امرأة لرجل: طلقني أو أنت زوجي. فقال لها: أنت طالق أو طلقتك أو اختلعت مني أو أنا مظاهر منك أو بائن. فإن قوله المذكور إقرار فينظر فإن كانا طارئين ثبتت الزوجية بما ذكر فيلزمه الطلاق أو الظهار وإن كانا غير طارئين فلا تثبت به وأما إذا لم يجبها بشيء فليس إقرار وأما إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي. فلا يعد منه ذلك إقرارا لصدقه في الأجنبية بخلاف ما سبق وهو أنا مظاهر فإنه لا يكون عرفا إلا في زوجة.

● ص:

كإقرارهما بهما.

● ش:

هذا تشبيه بما قبله في أنه يعد إقرارا بالزوجية وضمير التثنية الأول للزوجين والثاني للطلاق والظهار أي: كإقرار الزوجين بالطلاق والظهار؛ يعني: أنه إذا قال لها: أنت زوجتي أو تزوجتك. فقالت له: أنت طلقتني أو ظاهرت مني. فإن ذلك يعد منهما إقرارا فتثبت به الزوجية في الطارئين دون البلديين[1] فإن ذلك تجبه بشيء فلا يعد ذلك إقرار وإذا قالت له أنت زوجي فقال لها أنا طلقتك أو ظاهرت منك فإن ذلك يعد منه إقرار وفي بعض النسخ كإقرارها بالإضافة إلى ضمير المؤنث أي كإقرار المرأة التي ادعى عليها رجل الزوجية بالطلاق أو الظهار فإن إقرارها بهما

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دون البلديين) إذ لابد فيهما من إجازة الولي والشهود على ذلك لتصحيح النكاح. اهـ.

يعد منها إقرار بالزوجية وأولى إذا أجابته بنعم أو بلى[١] وكذا إذا طلبت منه ذلك بأن قالت له: طلقني أو خالعني أو ظاهر مني. بصيغة فعل الأمر فإن ذلك منها يعد إقرار.

● **ص:**

وإن ادعى أحدهما فأنكر الآخر ثم رجع فأنكر الأول لم يثبت إلا ببينة فليس إنكاره طلاقا.

● **ش:**

يعني: أنه إذا ادعى أحد الزوجين الزوجية فأنكر الآخر ثم رجع المنكر عن إنكاره وأقر بالزوجية فأنكرها الأول فإنه لا يثبت النكاح بينهما إلا ببينة وإنما تثبت بالبينة بعد الإنكار؛ لأن الإنكار لا يعد طلاقا كما سلف.

فقوله: (فليس إنكاره طلاقا) مفرع على ثبوت النكاح بالبينة بعد الإنكار وما ذكره «المص» له صورتان:

الأولى: أن يقول لها: أنت زوجتي فتقول له: ثم تقول له: أنت زوجي فينكر هو فلا تثبت الزوجية بينهما إلا ببينة لعدم اتفاقهما عليها في زمن واحد فإذا شهدت بينة بالزوجية تثبت بلا تجديد عقد؛ لأن إنكار الزوج لا يعد طلاقا إلا أن ينوي، بإنكاره الطلاق فإن علم أنها ليست زوجة في الواقع وجب عليه تجديد عقد كما مر.

الثانية: أن تقول له المرأة: أنت زوجي فينكر ثم يقول: نعم. فتنكر هي فإن النكاح لا يثبت إلا ببينة كما مر.

ولما فرغ من تنازعهما في أصل النكاح شرع في بيان حكم تنازعهما في جنس المهر وفي قدره وصفته وفي كل أما قبل البناء وما هو منزل منزلته كالموت والطلاق أو بعده فقال:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بنعم أو بلى) اعلم أن نعم يجاب بها مطلقا بعد الإثبات والنفي ويستمر على حالة وأما بلى فلا تقع جوابا إلا بعد النفي غالبا تصيره إثباتا. قال بعضهم:

نعم لتقرير الذي قبلها ... إيجابا أو نفيا كذا قرروا
بلى جواب النفي لكنه ... يصير إثباتا كما حرروا

اهـ.

● ص:

وفي جنس المهر فسخ قبل البناء.

● ش:

قوله: (في جنس) عطف على قوله سابقا: (في الزوجية)؛ يعني: أن الزوجين إذا أتفقا على أصل الزوجية وتنازعا في جنس المهر بأن قالت: بذهب. وقال: بفضة. أو قالت: بعبد. وقال: بثوب. أو قالت: بفرس. وقال: بحمار. إذ الجنس لغة يطلق على النوع فإن كان اختلافهما قبل البناء فسخ النكاح بعد حلفهما أشبها معا أو أحدهما أو لم يشبها ولا شيء للمرأة وكذا يفسخ إن نكلا أو أحدهما كما في «دك».

وظاهر «دص» و«خ» أنه إذا نكل أحدهما لا يفسخ بل يقضى للحالف على الناكل وتبد المرأة باليمين؛ لأنها بائعة لبضعها ويتوقف الفسخ على حكم حاكم فلا يفسخ بمجرد الحلف ويقع الطلاق ظاهرا وباطنا. ومحل حلفهما أن كانا راشيدين وإلا فوليهما ومحل الفسخ إن لم يرض أحدهما بقول الآخر وإلا فسخ قاله «دص».

وموضوع المسألة قبل البناء ولم يحصل طلاق ولا موت وأما إذا اختلفا في الجنس بعد البناء فأشار له بقوله:

● ص:

ورد بعده للمثل ما لم يزد على دعواها أو ينقص عن دعواه.

● ش:

نائب فاعل (رد) ضمير الزوج ورد الزوج لمهر المثل يستلزم رد الزوجة له والأوضح أن يقول: وردا بضمير التثنية العائد على الزوجين؛ يعني: أنهما إذا تنازعا في جنس الصداق بعد البناء فإنهما يردان لصداق المثل ما لم يزد صداق المثل على دعوى المرأة فإن زاد فليس لها إلا ما ادعته إذ لا يعطى مدع أكثر مما ادعى وما لم ينقص عن دعوى الزوج فإن نقص صداق المثل عن دعواه كما لو قال: أصدقتها بقرة وكان صداق مثلها شاة فإنها تعطى البقرة إذ من أقر بشيء لا يقضى عليه بأقل مما أقر به وإنما يردان لصداق المثل بعد حلفهما أو نكولهما ويقضى للحالف على الناكل ولا ينظر لشبه ولا عدمه ومتى كان الاختلاف بعد البناء فلا يفسخ النكاح في

الجنس وغيره ومتى قلنا هنا بالفسخ احتاج لحكم حاكم وكان بطلاق.

● ص:

وفي قدره[1] أو صفته فقبل البناء صدق بيمين من انفرد بالشبه وإلا حلفا وفسخ.

● ش:

عطف على (في الزوجية) أيضا و(إلا) مفهوم (انفرد بالشبه) أي: وألا ينفرد أحدهما بالشبه بأن أشبها معا أو لم يشبها معا حلفا وفسخ؛ يعني: أنهما إذا تنازعا في قدر المهر كأن يقول الزوج: بعشرة. وتقول هي: بل بخمسة عشر. أو في صفته بأن قالت: بعبد رومي. مثلا، وقال: بعبد زنجي. أو قالت: بدنانير محمدية. وقال: بل بيزيدية.

وكان اختلافهما قبل البناء فالقول لمن انفرد منهما بالشبه بيمينه فإن نكل حلف الآخر وثبت النكاح ولا فسخ فإن لم ينفرد واحد منهما بالشبه بأن أشبها معا أو لم يشبها معا حلفا وفسخ النكاح بحكم حاكم وفسخه بطلاق. وتبدأ الزوجة بالحلف؛ لأنها بائعة لبضعها ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل وأما إذا اختلفا في القدر والصفة بعد البناء فأشار له بقوله:

● ص:

وبعده صدق إلا أن تنفرد بالشبه.

● ش:

يعني: أنهما إذا اختلفا بعد البناء في القدر والصفة فإنه يصدق الزوج بيمينه مطلقا أشبه أو لا إلا أن تنفرد هي بالشبه فالقول قولها بيمين كما إذا نكل الزوج

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وفي قدره... إلخ) وحاصل فقه المسألة: أنهما إذا تنازعا في جنس الصداق قبل البناء فسخ مطلقا حلفا أو أحدهما أو نكلا أشبها أو أحدهما أو لم يشبها وإن تنازعا فيه بعد البناء رد الزوج لصداق المثل ما لم يزد عن دعواها أو ينقص أو ينقص عن دعواه وإن تنازعا فيه بعد البناء رد الزوج بصداق المثل ما لم يزد عن دعواها أو ينقص عن دعواه وإن تنازعا فيقدره أو في صفته فإن كان قبل البناء صدق بيمين من انفرد بالشبه وإن أشبها أو لم يشبها حلفا وفسخ النكاح ما لم يرض أحدهما بقول الآخر وإن كان التنازع فيهما بعد البناء صدق الزوج بيمين. اهـ دسوقي.

وغير الرشيد منهما يحلف وليه.

وبعبارة: إذا تنازعا بعد البناء في القدر والصفة فالقول للزوج بيمينه فإن نكل حلفت الزوجة وقضي لها بما قالت فإن نكلت أيضا قضي له كحلفه وهذا كله إذا لم تنفرد الزوجة بالشبه وإلا فالقول لها بيمينها فإن نكلت حلف وقضي له فإن نكل أيضا فكحلفها.

واعلم أن الطلاق والموت قبل البناء بمنزلة البناء فإذا اختلفا في القدر والصفة بعد الطلاق أو موت الزوج أو الزوجة فيكون القول للزوج أو وارثه بيمينه إن لم تنفرد الزوجة أو وارثها بالشبه فإن نكل هو أو وارثه فقولها هي أو وارثها مع اليمين كما إذا انفردت بالشبه.

● ص:

وفي التفويض والتسمية فالغالب.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا ادعى أنه نكحها نكاح تفويض[1] كي لا يكون عليه شيء إن طلقها وادعت الزوجة أنه نكحها نكاح تسمية[2] فالقول قول مدعي الغالب عندهم بيمينه فإذا اعتادوا التفويض، والتسمية بالسوية[3] فالقول للزوج بيمينه ووارث كل من الزوجين بمنزلته فيما ذكر.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح تفويض) أي: أنه لم يسم لها شيئا من الصداق حين العقد فلا شيء لها؛ أي: أو ادعت ورثته ذلك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (نكاح تسمية) أي: وأنه سمي لها كذا وكذا؛ أي: أو ادعت ورثتها ذلك. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (التسمية بالسوية) فلو كان الزوج من قوم اعتادوا التفويض وهي من قوم اعتادوا التسمية ووقع العقد في موضع أحدهما اعتبر وإن وقع في غير موضعهما فانظر هل يعتبر الموضع أيضا أو يغلب جانب الزوج. ولو حصل التنازع في التفويض والتسمية قبل البناء فسخ مطلقا. والحاصل: أن الصور خمسة: اعتادوا التفويض فقط أو كان أغلب أو مساويا فهذه حكمها واحد في أن القول قول الزوج في ادعائه التفويض؛ أي: بيمين وأما لو كانت التسمية أكثر أو أغلب فالقول قول مدعي التسمية. اهـ.

تنبيه:

لا كلام لمحجور لسفه أو صغر في تنازع الزوجين في جميع ما مر وإنما الكلام للولي أو الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه وتتوجه عليه اليمين دون المحجور.

● **ص:**

وإن أقامت بينة على صداقين في عقدين لزما وقدر بينهما طلاق وكلفت أنه بعد البناء.

● **ش:**

المراد بالبينة الجنس الصادق بالمتعدد إذا الصداقان المختلفان لا تشهد بهما إلا بينتان ويدل على أن المراد الجنس قوله: (وقدر طلاق)؛ لأن البينة إذا كانت واحدة فلابد أن تشهد بطلاق ليصح جمعها بين عقدين في شهادتها فلا يحتاج لتقدير طلاق.

يعني: أنها إذا ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها مرتين في زمنين بصداقين كل مرة بكذا كألف وأكذبها الرجل فأقامت بينة تشهد لها على هذين الصداقين في عقدين فإنه يلزمه الصداقان أي: نصفهما أي: نصف كل منهما ويقدر من جهة الشارع وقوع طلاق بين العقدين للجمع بين البيتين وكلفت المرأة بينة تشهد لها بأن الطلاق بعد البناء ليتكمل لها الصداق الأول.

وأما الثاني فينظر فيه لحالته الحاصلة فإن كان قد دخل لزمه جميعه وإلا فنصفه إن طلق فإن طلق، وادعت البناء وأنكره كلفت أنه بنى بها.

وما مشى عليه «المص» والأصل من أن الطلاق يقدر قبل البناء وتكلفت المرأة البينة بأنه بعد البناء هو المعتمد.

وقيل: يقدر هذا الطلاق بعد البناء فيلزمه جميع الصداق الأول وعليه بيان أنه قبله فيسقط عنه نصف الصداق.

وقوله: (وقدر طلاق) لا فرق فيه بين أن ينكر الرجل النكاح رأسا أو ينكر الثاني فقط ثم إن تقدير الطلاق إنما يظهر إذا أقرت المرأة بالطلاق وأما إن أنكرته فهو تكذيب منها للبينة الثانية.

● ص:

وإن قال: أصدقتك أباك. فقالت: أمي، فقبل البناء إن حلفا أو نكلا فسخ وعتق الأب ولا رجوع له وإن نكل عتقا أو هي عتق الأب والنكاح ثابت وإن طلق فعليها نصف قيمة الأم إلا أن يحلف فقط فالأب وبعده القول له إلا أن ينكل وتحلف فيعتقان ولا رجوع والولاء في الكل لها.

● ش:

الاختلاف هنا من الاختلاف في صفة الصداق ومثل أبيها وأمها كل من يعتق عليها والصور هنا أربعة: لأنهما أما أن يحلفا أو ينكلا أو يحلف الزوج دونها أو عكسه؛ يعني: أن الزوج إذا كان يملك أبوي امرأة فقال لها: أصدقتك أباك. فقالت: بل اصدقتني أمي. ولا بينة لواحد منهما فإن كان التنازع قبل البناء فإنه يفسخ النكاح بطلاق إن حلفا معا أو نكلا معا وتبدأ المرأة باليمين كالتنازع المتقدم ويعتق الأب لإقراره بحريته ولا رجوع له عليها في قيمته والولاء لها[1] كما يأتي ولا تعتق الأم في هاتين الصورتين أي: صورة الحلف والنكول.

وإلى هذا أشار بقوله: وإن قال: (أصدقتك أباك. فقالت: أمي). فقبل البناء إن حلفا أو نكلا فسخ وعتق الأب ولا رجوع له وإن نكل الزوج عن اليمين وحلفت الزوجة عتقا معا الأب لإقراره بحريته[2] والأم لحلفها ونكوله وثبت النكاح بها فلو طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمتها وولاؤهما لها كما قال. والولاء في الكل لها أي: أن في جميع صور العتق يكون الولاء لها وإن حلف الزوج ونكلت هي عتق الأب دون الأم والنكاح ثابت في هذه الصورة كالتي قبلها إلا أنه في هذه يثبت بالأب لا بالأم.

وإلى هاتين الصورتين أشار بقوله: (وإن نكل عتقا أو هي) أي: أو نكلت هي

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والولاء لها) أي: لأنه أقر على أنه صداقها فيكمل العتق خصوصا وقد قيل على أنها تملك بالعقد الكل ولا يرجع الزوج عليها بشيء من قيمة الأب الذي خرج حر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لإقراره بحريته) أي: وإن كان الفسخ قبل البناء لا شيء فيه لكن عومل بإقراره لتشوف الشارع للحرية. قاله الدسوقي. اهـ.

عتق الأب والنكاح ثابت وإن طلقت قبل البناء فعليها نصف قيمة الأم حيث عتقت إلا أن يحلف الزوج فقط فتغرم له نصف قيمة الأب ففي الصور الأربع يعتق الأب وفي صورة واحدة تعتق الأم معه وهي صورة نكوله وحلفها وهي التي يثبت فيها النكاح بها لا بالأب وترق في الثلاثة هذا كله إذا كان الاختلاف قبل البناء.

وأما إن كان بعده فالقول للزوج في الصور كلها لقوة جانبه بالقبض أي: قبض السلعة المبيعة وهي البضع فيعتق الأب فقط إلا أن ينكل عن اليمين وتحلف هي فيعتقان معا ولا رجوع للزوجة على الزوج بشيء من قيمة الأب والأم في جميع هذه الصور والنكاح ثابت على كل حال والولاء في جميع الصور لها كما تقدم؛ لأنه إنما عتق عليها فيقدر دخوله في ملكها صداقا. وإلى هذا أشار بقوله: وبعده القول له إلا أن ينكل وتحلف فيعتقان ولا رجوع والولاء في الكل لها.

● ص:

وصدقت أنها لم تقبض قبل البناء بيمين.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: أقبضتك المهر. فقالت: له لم أقبضه منك. فإن كان النزاع قبل البناء فإنها تصدق بيمينها أنها لم تقبضه إن كانت رشيدة فإن نكلت حلف الزوج وبرئ؛ فإن نكل أيضا غرمه لها فإن لم تكن رشيدة حلف وليها ولا فرق فيه بين الأب والوصي والمقدم فإن نكل وليها غرم لها لإضاعته عليه بنكوله.

وكذا يغرم لها لو حلف الزوج بعد البناء لتفريطه وظاهر «المص»: أنها تصدق بيمينها مطلقا سواء كان التنازع في الحال أو المؤجل وفي الأصل التقييد بالحال والظاهر أن المؤخر أولى منه في تصديقها في عدم قبضه فلذا لم يقيد «المص» بالحال.

ثم شبه في تصديقها قوله:

● ص:

كبعده إن كان بوثيقة أو أعتيد التأخير أو ادعى أنه دفع بعده وإلا حلف وصدق.

● ش:

قوله: (كبعده) الكاف في مثله داخلة على محذوف أي: كتصديقها بعده؛ لأن

(بعد) لا تخرج عن النصب على الظرفية إلا للجر بمن و(بعد) الثاني ظرف لدفع و(إلا) مفهوم قوله: (ادعى أنه دفع بعد البناء) أي: وإلا يدع الدفع بعد البناء بل ادعى الدفع قبله حلف و(صدق).

يعني: أنهما إذا تنازعا بعد البناء في قبض[1] ما حل من الصداق فادعى الزوج الدفع وأنكرت الزوجة فإنها تصدق بيمينها في عدم القبض إن كان الصداق مكتوبا في وثيقة أو لم يكن في وثيقة ولكن العادة عندهم تأخير ما حل من الصداق بعد البناء أو لم يكن في وثيقة ولم يعتد التأخير ولكن ادعى الزوج أنه دفعه لها بعد البناء فإن لم يدع دفعه بعد البناء بل ادعى دفعه قبله بأن قال لها: لم تسلمينا سلعتك حتى قبضت صداقك فإنه يحلف ويصدق في الدفع بيمينه هذا حل «الش».

فلم يدخل تحت (إلا) غير صورة واحدة وهي محترز الأخير وهو قوله: (وادعى أنه دفع بعده) والمناسب أن يدخل تحت (إلا) محترز القيود الثلاثة بأن يقول: وإلا يكن بوثيقة ولم يعتد التأخير أو ادعى أنه دفع قبله حلف وصدق.

والحاصل: أن الزوج يصدق بعد البناء بأربعة شروط:

الأول: أن لا يكون العرف تأخيره بأن كان العرف تقديمه على البناء أو لا عرف لهم فإن كان العرف تأخيره فالقول قولها.

الثاني: أن لا يكون الصداق في وثيقة وإلا فقولها.

الثالث: أن يدعي دفعه لها قبل البناء فإن ادعى دفعه لها بعده فالقول قولها كما مر.

الرابع: أن لا يكون معها رهن فإن كان معها رهن في الصداق فالقول قولها.

وفي الحطاب: أن تسليم الرهن على الصداق كالبناء فإذا كان بيدها رهن عليه وسلمته للزوج قبل البناء كان تسليمها له بمنزلة البناء فيصدق الزوج في الدفع بيمينه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (في قبض ما حل) أي: وأما إذا تنازعا في قبض المؤجل الذي لم يحل فقال ابن فرحون: القول قولها سواء وقع التنازع فيه قبل البناء أو بعده. اهـ.

تنبيه:

تقدم أن الأصل جعل الكلام في حال الصداق، قال: «دص»: وأما التنازع في مؤجل الصداق فالقول لها كسائر الديون من أن من ادعى الدفع لا يبرئه إلا البينة أو اعتراف من رب الدين.

• ص:

كمتاع البيت إلا أن يختص بالنساء فلها بيمين.

• ش:

هذا تشبيه في تصديق الزوج بيمين والمراد بمتاع البيت الشائع فيه أما المختص بحوز أحدهما فهو له ومثل الزوجين القريبان كرجل ومحرمه[١] يتنازعان في متاع البيت؛ يعني: أنه إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، الشائع فيه قبل البناء أو بعده سواء كانا مسلمين أو كافرين حرين أو عبدين أو مختلفين وسواء كان ذلك في حال الزوجية أو بعد الفرقة بلعان أو طلاق أو إيلاء أو فسخ ولا بينة لواحد منهما فإنه يصدق فيه الرجل بيمينه؛ لأن الشأن أن ما في البيوت للرجال إلا أن يختص ذلك المتاع بالنساء عادة كالحلي والأخمرة وما يناسب النساء من الملابس فهو لها بيمين ما لم تكن معروفة بالفقر مع زوج معروف بالغنى وإلا فلا يقبل قولها فيما زاد[٢] على صداقها كما يأتي.

والحاصل: أن المتاع الذي في حوز أحدهما يختص بمن هو في حوزه منهما وأما المتاع الشائع في جميع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط كالحلي ونحوه إن لم تكن معروفة بالفقر وأما المعتاد للرجال فقط كالسيف[٣] والرمح والفرس والمصحف وكتب العلم وسلع التجارة ونحو ذلك أو المعتاد لهما كالطشت[٤]

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كرجل ومحرمه) أي: كرجل ساكن مع محرمه أو مع امرأة أجنبية وتنازع معها في متاع البيت ولا بينة لهما في ذلك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيما زاد على صداقها) أي: فيما زاد على المقبوض منه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالسيف... إلخ) وآلة الفلاحة وآلة الحرث التي شأن الرجال تعاطيها. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالطشت) أي: والألحفة والسجاجيد وخواتم الذهب وإن حرمت على الرجال بالنسبة للبلاد التي يلبسها فيها الرجال والنساء. اهـ.

وسائر الأواني فالقول فيه للرجل بيمينه إلا أن يكون معروفا بالفقر مع زوجة معروفة بالغنى كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

ولا شيء لفقير ولا فقيرة إلا قدر صداقها.

● ش:

يعني: أنه إذا تنازع الزوجان في متاع البيت فلا شيء فيه للزوج الفقير الذي لا يشبه أن يملك هذا المتاع عادة ولو كان مما يختص بالرجال وكذلك لا شيء عند التنازع للزوجة الفقيرة في متاع البيت ولو كان مما يختص بالنساء إلا قدر صداقها عادة أي: قدر جهاز مثل صداقها عادة والجهاز قد يزيد على الصداق بيسير أو ينقص عنه بقليل ويساويه غالبا.

● ص:

والغزل للغزالة فإن أقام بينة بالكتان فشريكان.

● ش:

يعني: أن الزوجين إذا تنازعا في الغزل الذي في البيت قبل الطلاق أو بعده ولا بينة لأحدهما فإنه يقضى بالغزل للزوجة بعد حلفها إن كانت غزالة أي: شأنها الغزل إلا أن يقيم الرجل بينة بأن الكتان له أو تقر الزوجة له بذلك فإنهما يشتركان بحسب ما لكل هي بقيمة غزلها أي: أجرته وهو بقيمة كتانه أما إذا كانت امرأة غير غزاله فلا يقضى لها الغزل.

● ص:

وللنساجة نسجها إلا أن يثبت الغزل لها.

● ش:

قوله: (وللنساجة) أي: التي صنعتها النسج فقط لا الغزل فلذا احتاجت لإثبات أن الغزل لها بخلاف الغزالة فإن صنعتها الغزل، فلذا قضى لها به من غير إثبات فلا يقال: إن هذا مخالف لما سبق من أن الغزل لها بلا بينة؛ يعني: أن المرأة إذا نسجت شقة بيدها وكانت صنعتها النسج فقط دون الغزل فادعت أن الشقة لها غزلًا ونسجًا

وادعى الزوج أن الشقة له لكون أن الغزل غزله وإنما نسجتها له فإنه يقضى للنساجة بنسجها وللزوج بالغزل. وقياس ما سبق أنهما شريكان بحسب ما لكل.

وقيل: يأخذ الزوج الشقة ويدفع لها أجرة نسجها إلا أن تثبت هي أن الغزل لها فتختص بها.

وأما لو كانت صنعتها النسج والغزل معًا فالشقة لها دونه إلا أن يثبت هو أن الكتان له فشريكان.

وما مشى عليه «المص» هو قول مالك، وقال ابن القاسم: النسج للمرأة وعلى الزوج بيان أن الكتان والغزل له، فإن أقام البينة كانت شريكة له فيها بقيمة نسجها وهو بقيمة كتانه وغزله.

قال بعضهم: وقول ابن القاسم هو المتبادر من مسألة كون الغزل للغزالة وقد علمت أن مسألة الغزل في امرأة صنعتها الغزل فقط ومسألة النسج في امرأة نساجة فقط.

● ص:

وإن أقام بينة على شراء ما اختص بها أخذه كعكسه وحلف وفي حلفها تأويلان، والظاهر لا يمين إن قامت على الإرث.

● ش:

يعني: أن الرجل إذا تنازع مع زوجته في شيء يختص بالنساء كالحلي فأقام الرجل بينة على شراء ما يختص بها فإنه يأخذه، وكذا العكس وهو أن تقيم المرأة بينة على شراء ما يختص بالرجال كالسلاح فإنها تأخذه، وحلف الأول وهو الرجل أنه ما اشتراه لها ولا دفعت له ثمنه، ومحل حلفه إن قامت له بينة أنه اشتراه من غير الزوجة، أما إن قامت البينة أنه اشتراه منها فلا يمين عليه.

وسكت في المدونة عن يمين المرأة في صورة العكس وهي ما إذا أقامت المرأة بينة على شراء ما يختص بالرجل فتأولها بعضهم على أنه ليس عليها يمين لكون المرأة لا تشتري للرجل عادة بخلاف العكس؛ لأن الرجال قوامون على النساء وتأولها بعضٌ آخر على أن عليها اليمين كالرجل.

وإنما سكت في المدونة عن يمينها اجتزاء بذكر يمين الرجل وإلى هذا أشار

بقوله: (وفي حلفها) أي: في العكس وعدمه تأويلان وأما لو شهدت لأحدهما بينة على أن الشيء المتنازع فيه ورثه أو وهب له لكان لمن شهدت له به بلا يمين كما استظهروه وإلى هذا أشار بقوله: (والظاهر لا يمين إن قامت على الإرث) أي: أنها إذا قامت البينة لأحداهما على الإرث فيما اختص بالآخر فلا يمين على من شهدت له بإرثه إذ لا تهمة وورثة كل من الزوجين بمنزلته في الحلف ولكن يحلفون على نفي العلم.

تنبيه:

إذا ادعت المرأة على زوجها أنه وهب لها شيئا مما يختص بالنساء كالحلي والملابس فإن أقامت على ذلك بينة فهو لها وإن عجزت عن البينة حلف الزوج لرد دعواها على البت ولا شيء لها فإن مات الزوج وادعت ذلك على وارثه فإن الوارث يحلف على نفي العلم وإنما كان القول له هو أو وارثه بيمينه؛ لأن تحلية الزوج محمولة على العارية حتى يثبت التمليك إلا أن يكون من أعيان الناس ووجهاءهم فإن تحليته للزوجة محمولة على التمليك حتى تثبت العارية.

قال «حش»: وهنا دقيقة يغفل عنها بعض المفتيين وهو أن وجهاء الناس وأعيانهم إنما يحلون تمليكا عادة وهي أصل مدرك الباب أعني: العادة إذا كان البيع ينعقد بالمعاطاة وما يدل على الرضي فتنعقد الهبة في مثل هذه بالدفع خصوصا إذا قل شأن الحلي بالنسبة لعظمة الزوج هكذا ينبغي. اهـ.

ورأيت في بعض التقادير من حلى زوجته بحلي في ملكه ببينة ولم تقم الزوجة ببينة على هبته لها لم تختص به عن الورثة ولا تأخذه إذا طلقها ولو طال تحليها به فيهما فليس ذلك من متاع البيت؛ لأن متاع البيت لم يثبت ملكه لأحداهما ببينة وهذا ثابت للزوج وكثيرا ما تلتبس هذه المسألة بمسألة متاع البيت.

وشاع على السنة الناس أن كل شيء تمتعت به المرأة فهو لها فتوهم منه أنه كمتاع البيت وليس كذلك والفرش ونحوه كالتحلية في جميع ما مر بل هو أولى لمشاركة الزوج لها في الانتفاع به. والله أعلم.

ولما أنهي الكلام على أحكام التنازع شرع في أحكام الوليمة وهي طعام العرس

بضم العين، ولا تقع على غيره إلا بقيد بأن تقول: وليمة الختان مثلا مشتقة من الولم وهو الاجتماع لاجتماع الزوجين[١] أو الناس فيها[٢] ومنها أولم الغلام إذا اجتمع عقله وخلقه[٣].

واعلم أن طعام الختان يقال: إعذرا وطعام القادم من سفر يقال له: نقيعة وطعام النفاس يقال له: خرس والطعام الذي يعمل للجيران للمودة يقال: له مأدبة، والطعام الذي لبناء الدور يقال له: وكيرة وطعام الولادة عقيقة، وطعام حفظ القرآن حذاقة.

ووجوب الإجابة إنما هو في طعام العرس خاصة، ونظم ذلك «عج» فقال:

ويكره إتيان لكل سوى الذي ... لعرس ومولود بغير تناس
فيندب للثاني الحضور له ... وفي الوليمة أوجب لا تكون بناس
وقال ابن رشد يباح لكلها ... سوى عرس أو مأدبات أناس
إذا فعلت لا للفخار وإن له ... فيكره ياذا فاجني طيب غراس
ومأدبة للجار قصد مودة ... ففيها أتى ندبا حضور مواس

قال مالك: ويكره حضور أهل الفضل غير الوليمة وقيده اللخمي بغير أهل الخير، والأصحاب والجيران والرحم. اهـ.

ثم أشار إلى حكمها ووقتها فقال:

• ص:

وندب وليمة وبعد البناء.

• ش:

يعني: أن الوليمة مندوبة للزوج القادر سفرا أو حضرا فلا يقضى بها[٤] وقيل:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لاجتماع الزوجين) أي: في الزوجية وإن لم يجتمعان بالفعل أو الاجتماع بالفعل لأن الأولى أن تكون الوليمة بعد الدخول. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو الناس فيها) لا يخفى أن تلك العلة موجودة من غيرها إلا أن علة التسمية لا تقتضي التسمية. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إذا اجتمع عقله وخلقه) بضم الخاء واللام مرادا بها كمال العقل وكان هذا يقال له: حين يبلغ لالحلم. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فلا يقضى بها) للزوج على الزوجة. اهـ.

واجبة فيقض بها وتحصل بـأي شيء من الطعام من لـحم أو تمر أو زبيب أو سويق أو خبز أو غير ذلك ويـنـدب كونها بعد البنـاء على المعتمد فهـو مندوب ثان لتكون شكـرا على ما حصل ولأنه ﷺ أولم علـى صفية بعد بنـائه بها فوقتها بـعد البناء فلو وقعـت قبل البناء لـم تكن وليمة شـرعا[١]. ولا تجب فـيها الإجابـة وإن جرى عرف بذلك؛ لأنه عرف فاسد كما في «خ».

قال «دك»: والمعتمـد أن كونها بعـد البناء مندوب ثـان فإن فعلت قبل أجزأت[٢] ووجبت الإجابة لهـا. وقيل: إن وقتها قبل البناء؛ لأنه أنسـب بشهرة النكاح المأمور بها.

قال «خ»: وظاهر كلام «المص» استحباب الوليمة ولو ماتت المرأة أو طلقت.

● ص:

وكره تكرارها إلا لآخرين.

● ش:

يـعني: أن الوليمة أكلة واحـدة ويكره تكرارها[٣] إلا لجمـاعة آخرين[٤] غير الذين أكلوا أولًا، وعبارة «دك»: ويكره تكرارها إلا أن يكون المدعو ثانيًا غير المدعو أولًا.

● ص:

ووجب إجابة من عين وإن في جماعة.

● ش:

يعني: أنه يجب علـى من عين للوليمـة ولو بنائب عن ربهـا أو بكتاب أن يجيب لها إن عين لهـا بالشخص صريحـا بل وإن عين لها في ضمن جمـاعة محصورة بأن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لم تكن وليمة شرعا) إلى لكونها وقعت قبل وقتها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أجزأت) أي: لأن غاية ما فيه أنها فعلت من غير وقتها المستحب. اهـ

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويكره تكرارها) أي: لأنه سرف. اهـ.

(٤) جاء على هـامش المخطـوط: قوله: (إلا لجمـاعة آخرين... إلخ) الـذي يظهر مـن كلام ابن عرفة أن غايتها للسابع. أشهب عن مالك: إن أخر للسـابع كانت الإجابة مندوبة لا واجبة. والحاصل: أن من دعي أولا وأجاب ثم دعي ثانيا في ثانـي يوم مثلا فلا تجب الإجابة عليه على الصحيح؛ لأن الواقعة بعد اليوم الأول ليست بوليمة قطعا. اهـ.

يقول رب الوليمة لرسوله: ادع فلانا أو أهل محلة كذا أو أهل العلم أو المدرسين وهم محصورون؛ لأنهم معينون حكما لا غير المحصورين كادع من لقيت أو العلماء وهم غير محصورين فلا تجب الدعوة كما لا تجب دعوة لطعام ختان أو قدوم من سفر أو لبناء دار أو لصرفة صبي أو لختم كتاب ونحو ذلك كما تقدم.

وإنما وجبت الدعوة في الوليمة لخبر الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال: (شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يأباها[(١)])[(٢)] ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله.

فائدة:

ذكر ابن العربي أنه ليس في السنة إجابة من يطعم مباهاة أو تكلفا بل جاء النهي عن ذلك لكن ذكر في الإحياء أنه إنما يحرم الرياء بالعبادة لا بالدنيا كالتجمل للناس فتحسين الثوب الذي يلبسه الإنسان عند الخروج مراآة وليس بحرام؛ لأنه ليس رياء بالعبادة بل بالدنيا وقس على هذا كل تجمل للناس وتزين لهم وكذلك الرجل إذا أنفق ماله على جماعة من الأغنياء لا في معرض العبادة والصدقة لكن ليعتقد أنه سخي فهذه مراآة ليس بحرام. اهـ. ما في الإحياء باختصار.

لكن تعقبه بعضهم فقال: وانظره مع ما في حديث مسلم في باب من قاتل للرياء والسمعة وكذا من أنفق رياء وسمعه وليقال: جواد من كونه يؤمر به فيسحب على وجهه ويلقى في النار. اهـ. وسيأتي أن من الأعذار المسقطة لإجابة الدعوة فعل طعامها للمباهاة والفخر.

ثم عطف على المبالغ عليه وهو قوله في جماعة فقال:

● ص:

أو صائما.

● ش:

يعني: أنها تجب من عين ولو كان صائما إلا أنه يعتذر بالصوم ويقبل عذره بأن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من يأباها) أي: من الأغنياء. اهـ.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٣٢).

يقول: أنا صائم وكان الانصراف منها قبل الغروب وأما الأكل فلا يجب ولو لمفطر ولإجابة الدعوة شروط أشار لأولها على طريق الاستثناء بقوله:

● ص:

إلا لأذية.

● ش:

يعني: أنها تجب الإجابة على من عين للوليمة إلا لأذية يعتبر مثلها شرعا[1] فلا تجب عليه الإجابة كما إذا كان هناك شدة ازدحام أو كان من حضر في الوليمة شأنهم الوقوع في أعراض الناس؛ لأن حضور السفلة لا يأمن المرء معهم على دينه وكما إذا كان في الوليمة من يؤذيه بلسانه إلا إذا كان يسلم منه بترك مخاطبته فلا يباح له التخلف.

الشرط الثاني ـ ولم يذكره «المص» ـ: أن لا يسبق الداعي غيره فإذا تعدد الداعي أجاب الأسبق فإن استويا فذو الرحم فإن استويا فأقربهما رحما فإن استويا فأقربهما دارا فإن استويا أقرع بينهما.

وأشار للثالث بقوله:

● ص:

أو منكر.

● ش:

عطف على المستثنى؛ يعني: أنها تجب الإجابة إلا إذا كان هناك منكر لا يقدر على تغييره كاختلاط الرجال بالنساء وكفرش حرير يجلس عليه هو[2] أو غيره بحضرته وكاستعمال آنية ذهب أو فضة في أكل أو شرب أو تبخير ونحو ذلك ولو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يعتبر مثلها شرعا... إلخ) أما لو حضر من يتأذى من رؤيته أو من مخاطبته لأجل حظ نفسي لا لضرار يحصل له منه فإنه لا يباح له التخلف لذلك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يجلس هو... إلخ) أي: سواء كان الجلوس فوقه مباشرة أو كان الجلوس فوقه من فوق حائل كان الحائل كثيفا أو خفيفا هذا وأجاز بعضهم الجلوس على فرش الحرير إذا جعل عليها حائل قياسا على ما إذا فرش على النجس ثوب طاهر وصلى عليه وقياسا على المفشي. اهـ.

كان المستعمل غيره بحضرته وكسماع ما يحرم استماعه من غوان[١] وآلة لهو غير الدف والزمارة والبوق ولو بمكان آخر غير مكان الجلوس إن سمع أو رأى وإلا فلا وليس من المنكر ستر الجدران[٢] بحرير حيث لم يستند إليها ومن المنكر رقص النساء في الأفراح فهو مسقط لوجوب الدعوة خصوصا الآن.

فإن قلت: أن الذي لا يقدر على تغيير المنكر بيده أو بلسانه يكفيه الإنكار القلبي فلم وجب التخلف عن الوليمة بوجود المنكر الذي لا يقدر على تغييره؟

قلنا: كفاية الإنكار القلبي لا تنافي وجوب البعد حسب الإمكان على أن المذكور هنا عدم وجوب الإجابة لا وجوب التخلف وإن كان هو الواقع هجرا لما نهى الله عنه فإن قدر على تغيير المنكر وجب عليه الإجابة والتغيير.

الشرط الرابع: أن لا يقف قوم ينظرون على رؤوس الأكلة كما قال الأقفهسي.

الخامس: أن لا يخص بها الأغنياء دون الفقراء وإلا سقطت الإجابة وسيأتي لـ«المص» أنه يكره تخصيص الأغنياء بها.

السادس: ما أشار له عاطفا على المستثنى بقوله:

● ص:

أو إغلاق باب لمشاورة لا لمنع متطفل.

● ش:

أي: ومما يبيح التخلف عن الوليمة إغلاق الباب دونه[٣] لمشاورة في دخوله وعدمه وأما إذا أغلق لمنع المتطفل فلا يباح له التخلف والمتطفل المتشبه بطفيل وهو رجل كان يتتبع الأعراس وإليه تنسب الطفيلية وإنما أبيح التخلف لإغلاق الباب لما فيه من شائبة الذل فلذا أبيح التخلف لترفع من لا يستحق الترفع قاله «حش».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من غوان) جمع غانية بمعنى مغنية؛ أي: إذا كان غناؤها يثير شهوة أو كان بكلام قبيح أو كان بآلة؛ لأن سماع الغناء إنما يحرم إذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة وإلا كان مكروها فقط إن كان من النساء لا من الرجال. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الجدران) أي: فيجوز الجلوس تحت الستائر التي على الجدران. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (دونه) لأن فيه ازدراء له. اهـ.

وبقي من الأعذار المسقطة بعد المكان بعدا يشق على المدعو الذهاب إليه عادة ومرض وتمريض قريب وشدة وحل أو مطر أو خوف على مال قياسا على الجمعة وفعل طعامها لقصد المباهاة والفخر.

فعلم أن ولائم مصر الآن لا يجب الإجابة لها بل لا تجوز. أفاده «دك». فلو شاهد هذا الإمام ما يفعله أهل البوادي والأرياف في أفراحهم من المنكرات والموبقات جهارا مع الاستحلال فيما يغضب الرب لحكم بكفرهم وكفر الذاهبين إليهم.

ولما أفهم قوله: (لا لمنع متطفل) عدم إباحة التخلف لذلك شبه به اللعب الخفيف فقال:

● ص:

كلعب مباح ولو لذي هيئة على الأصح.

● ش:

يعني: أن اللعب المباح كدف وكبر يلعب به رجال أو نساء وكفناء خفيف لا يبيح التخلف ولو شخص ذا هيئة كعالم وقاض وأمير على القول الأصح؛ لأنه عليه الصلاة والسلام حضر ضرب الدف ولا يصح أن يكون ذو الهيئة أعلم وأهيب من النبي ﷺ.

وقيل: لا ينبغي لذي هيئة أن يحضر موضعا فيه لهو واحترز بـ(المباح) عن غير المباح كالمشي على الحبل وكجعل خشبة على جبهة إنسان ويركبها آخر فإنه يبيح التخلف قاله في سماع أشهب وفي «حش» قول بجواز اللعب على الحبل[1] لمن يعتاد السلامة منه والراجح أنه حرام.

وجوز بعضهم نصب الأرجوحة واللعب عليها للرجال والنساء.

قال القرافي: حكى عن بعض العلماء أن الأرجوحة تنفع لوجع الظهر هكذا نقل عن «عبق».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (قول بجواز اللعب على الحبل) وعليه فلا يكون مبيحا للتخلف نعم لا ترخيص فيه في غير العرس ويكره لأهل الفضل حضوره على كل حال. اهـ.

● ص:

وندب أكل المفطر وإجابة غيرها.

● ش:

يعني: أنه من دعي للوليمة وهو مفطر يندب له الأكل منها لما فيه من تطييب خاطر ربها[١] ولقوله عليه الصلاة والسلام: (فإن كان مفطرا فليأكل وإن كان صائما فليصل)[٢]؛ أي: يدعو[٣] فحمل مالك الأمر على الندب لحديث: (إذا دعي أحدكم فليجب فإن شاء أكل[٤] وإن شاء ترك)[٥].

وإعمال الحديثين أولى من إهمال أحدهما ونص الرسالة: وأنت في الأكل بالخيار.

وقيل: يجب على المفطر الأكل منها.

ويندب أيضا إجابة غير وليمة النكاح من عقيقة ونحوها إن كان الداعي من أهل الخير والأصحاب والجيران والرحم وتقدم نظم «عج» في ذلك فارجع له إن شئت.

● ص:

وحرم ذهاب بلا دعوة.

● ش:

يعني: أنه يحرم على الشخص الذهاب للوليمة بلا دعوة من ربها سواء أكل أو لم يأكل والذاهب بلا دعوة هو المسمى بالطفيلي ويحرم عليه الأكل إلا بإذن ربها ومحل حرمة الذهاب بلا دعوة ما لم يكن تابعا لذي قدر[٦] يعلم أنه لا يجئ وحده عادة وإلا فلا يحرم فيما يظهر. أفاده «دك».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تطييب خاطر ربها) فلا يكفي الحضور أو شرب قهوة فقط. اهـ.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٠٥٦٣).

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يدعوا) أي: يدعو بأن الله يتمم لهم بالخير. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن شاء أكل) فمعنى التخيير أنه ليس أحدهما متعينا لا ينافي أنه يسحب أحدهما وهو الأكل. اهـ.

(٥) أخرجه مسلم (١٤٣٠).

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لذي قدر) أي: وذلك؛ لأنه مدعو حكما. اهـ.

● ص:

وكره تخصيص الأغنياء وأباح التخلف[(١)].

● ش:

أي: أنه يكره تخصيص الأغنياء بالوليمة دون الفقراء فإن خصصهم بها أبيح التخلف لهما أي: للغني والفقير

● ص:

والنهبة.

● ش:

عطف على نائب فاعل (كره) أي: أن النهبة مكروهة وهي بضم النون وسكون الهاء معناها الاختطاف؛ يعني: أنه يكره نشر اللوز والسكر ونحو ذلك للنهبة فإن لزم على ذلك إيذاء أو أخذ أحد من يد أحد حرم وإنما كره ذلك؛ لأنه ليس من عمل الناس وأما وضع ذلك للأكل على العادة فجائز[(٢)].

● ص:

ولا يجيب الكافر على الأحسن.

● ش:

يعني: أن المسلم لا يجيب الكافر إذا دعاه لوليمته؛ لأن في إجابته تفخيما لشأنه والمطلوب إذلاله وإهانته حسب الإمكان. قال ابن عرفة: الأصوب أو الواجب عدم إجابته؛ لأن في إجابته إعزازا له والمطلوب إذلاله. وقال بعضهم: تجوز بعد أن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأباح التخلف) وكذا أبيح التخلف إذا كان الداعي امرأة غير محرم والخنثى مثلها كما استظهروه وكذلك إذا كان هناك كلب لا يحل اقتناؤه ومثله آنية الذهب والفضة ومثلهما إذا كان الداعي أو المدعو أمرد يخشى منه الريبة أو التهمة وكذا إذا كان على المدعو دين لا يرجوا له وفاء وكذا إذا كان النساء بسطح الدار ينظرون للرجال أو يختلطن بهم ولذا أبيحه مرض أو حفظ مال أو خوف عدو وكذا شدة الحر والبرد عند الشافعية وكذا إذا كان في الطعام شبهة أو تلحق الأكل منه بل لا يجوز الحضور ولا الأكل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على العادة فجائز) أي بهداوة فجائز فإن نص به الأغنياء دون الفقراء حرم. اهـ.

يحلفه بأنه لم يتزوج محرما كأخته وعمته. وقيل: لا إثم في إجابة النصراني في ختان ابنه إن كان ذلك لوجه كجوار أو قرابة.

والأحسن أنه لا يجاب خصوصا لمن يقتدىٰ به لما فيه التودد إلى الكفار. وقد قال تعالىٰ: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ...﴾ [المجادلة:٢٢] الآية.

تنبيهان:

الأول: من شروط الإجابة أن لا يكون هناك كلب لا يحل اقتناؤه أو صور مجسدة علىٰ الجدران كصور السباع التي لها ظل ولو لم يدم قال في التوضيح: التمثال إن كان لغير حيوان كالشجر جائز وإن كان لحيوان فما له ظل ويقيم فهو حرام بإجماع.

وكذا يحرم إن لم يقم كالعجين[١] خلافا لا صبغ لما ثبت أن المصورين يعذبون يوم القيامة ويقال لهم أحيوا ما كنتم تصورون. وما لا ظل له إن كان غير ممتهن[٢] فهو مكروه وإن كان ممتهنا فتركه أولىٰ. انتهىٰ.

وهذا في الصور الكاملة وأما ناقص عضو[٣] من الأعضاء الظاهرة فيباح النظر إليه. اهـ «خ». ويستثنىٰ من التصوير المحرم تصوير لعبة هيئة بنت صغيرة لتلعب بها البنات الصغار فإنه جائز ويجوز بيعها وشراؤها لتدريب البنات علىٰ تربية الأولاد كما في الحطاب.

الثاني: يكره في النكاح الزمارة والبوق[٤] المسمىٰ بالنفير إذا لم يكثر جدا حتىٰ يلهىٰ كل اللهو وإلا حرم كآلات الملاهي كالأوتار والغناء المشتمل علىٰ فحش القول أو الهذيان.

وقال ابن كنانة: يجوز التزمير اليسير والبوق. وأما الغربال: وهو الدف المغشي من جهة واحدة وهي المسمىٰ بالبندير وفي عرف مصر يسمىٰ بالطار، ولا يكره في

---

(١) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (كالعجين) أي: وكقشر البطيخ فإن له ظلا ما دام طريا. اهـ.

(٢) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (غير ممتهن) كالذي في الحائط والممتهن كالذي في البسط. اهـ.

(٣) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (ناقص عضو... إلخ) ومثله المنخرق البطن. اهـ.

(٤) جاء علىٰ هامش المخطوط: قوله: (الزمارة والبوق) وأما في غير النكاح فحرام وحرمه بعضهم مطلقا في النكاح وغيره مطلقا نفيرا كان أو كثيرا. اهـ.

النكاح، بل يندب فيه إذا لم يكن فيه صراصير، وإلا حرم.

وأما الكبر: بفتح الكاف والباء هو الطبل الكبير المدور المغشي من الجهتين فقيل فيه بالجواز والكراهة.

وأما المزهر: كمنبر وهو طبل كبير مربع مغشى من الجهتين لا يعرف الآن فقيل فيه أيضا بالجواز والكراهة؛ لأنه يلهي عن ذكر الله تعالى، ولم يذكر ذلك «المص» كما ذكره الأصل هنا؛ لأنه سبق في إزالة النجاسة؛ ولذا قال «الش»: وسبق حكم الآلات والتصويرات عند إزالة النجاسة، وقد بسط «المص» المقام في حاشيته على «عبق» وأتى فيها بالعجب العجاب. والله أعلم بالصواب.

* * *

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

[وصل في العدل بين الزوجات والوعظ والنشوز وما يتعلق بذلك]

● **ص:**

وصل.

● **ش:**

في العدل بين الزوجات والوعظ والنشوز وما يتعلق بذلك.

● **ص:**

وجب قسم المبيت في الزوجات.

● **ش:**

يعني: أنه يجب على الزوج البالغ العاقل حرا أو عبدا، ولو خصيا أو مجبوبا أو مريضا، لم يقعده المرض، قسم المبيت بين زوجاته المطيقات للوطئ، سواء كن حرائر أو إماء، مسلمات أو كتابيات أو مختلفات، لا فرق بين الصغيرة المطيقة والكبيرة، والعاقلة والمجنونة، والصحيحة والمريضة، والجميلة والقبيحة، فلا ينظر لحرية أو إسلام، أو كبر أو جمال، أو غير ذلك، أي لا تميز واحدة عن أخرى بوصف من هذه الأوصاف، ومحل وجوب قسم المبيت بين الزوجات إن أراد المبيت عندهن.

فإن لم يرد ذلك فله ترك المبيت عند الكل[1] إذا لم يقصد ضررهن واقتصر على ذكر المبيت إشارة إلى أنه لا يجب عليه القسم في الوطء بل يترك إلى طبيعته، ولا بأس أن ينشط للجماع عند واحدة دون أخرى إلا لضرر ككفه عنها[2] بعد ميله إليها لتتوفر لذته للأخرى ولا في الإنفاق؛ لأنه بحسب كل على الصحيح فلا تجب فيه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ترك المبيت عند الكل) ما لم يتجاوز مدة الإيلاء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ككفه عنها) تمثيل للأضرار فيجب عليه ترك الكف المذكور؛ لأنه يحمل على قصر الضرر ويمتنع وإن لم يطأ فهو الأحرى بعد الكف المذكور. اهـ.

التسوية فليس بعاص في عدم تسوية الدنية للشريفة[١] في الإنفاق ولكن تستحسن التسوية بينهن فيه؛ ولذا قال «الش» وإما الإنفاق فبحسب كل على الصحيح واستحسنت التسوية فاستغنى «المص» عن أداة الحصر في الأصل وهي قوله: (إنما يجب القسم... إلخ) باقتصاره على المبيت؛ لأن الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر فكأنه قال: لا يجب القسم بين الزوجات إلا في المبيت لا في الإنفاق والوطء هذا مراد «الش» بقوله: (وأما الإنفاق... إلخ) وخرج بقولنا: البالغ العاقل، الصبي والمجنون، وسيأتي الكلام عليها.

والمراد بالزوجات الاثنتان فأكثر فالجمع لما فوق الواحد وخرج بالزوجات الإماء المملوكات فلا يجب عليه القسم بين المملوكات أو بينهن وبين الزوجات على المشهور وعبارة «الش» هنا ولا ينظر لحرية وإسلام وكبر وجمال وغير ذلك كما لا يجب بين المملوكات أو بينهن وبين الزوجات على المشهور.

وقوله: كما لا يجب تشبيه في مطلق تحقق النفي السابق في كلامه وهو قوله: (ولا ينظر لحرية وإسلام... إلخ) ما قدمنا عنه أي لا ينظر لحرية... إلخ، كما أنه لا يجب القسم بين المملوكات ولا بينهن وبين الزوجات وعلى هذا فله توفير لذته عن زوجته لأمته إن لم يقصد ضرر الزوجة[٢].

أما قول «المص» الآتي فلا يؤخر للأخرى فهو في موضوع القسم ومفهوم الجمع في الزوجات أن الزوجة الواحدة لا يجب عليه المبيت عندها إلا أن يقصد ضررها بعدم المبيت عندها ولذا قال «الش»: ولا يضر بالزوجة أي: أن من له زوجة واحدة لا يجب عليه المبيت عندها ولكنه لا يقصد ضررها بترك المبيت عندها.

قال في المدونة: وله أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يضر بالزوجة. اهـ.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الدنية للشريفة) قال ابن عرفة: ابن رشد مذهب مالك وأصحابه إن قام لكل واحدة بما يجب لها بقدر حالها فلا حرج عليه أن يوسع على من شاء منهن بما شاء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن لم يقصد ضرر الزوجة) حصل ضرر بالفعل أم لا.

فرع: لا حرمة في محبة أحدى الزوجات ولا في الإقبال ولا في التعهد ولا في المفاكهة في الكلام إحداهن. اهـ.

واعلم أن المقصود بالمبيت الأنس لا المباشرة والوطء فلذا يجب عليه قسم المبيت ولو امتنع الوطء عادةً أو شرعًا أو طبعًا، فالأول كالحائض والنفساء والمحرمة والمظاهر منها[1]؛ لأن ما ذكر مانع من الوطء شرعا، والثاني كالرَّتَق فإنه مانع من الوطء عادة، والثالث كالجذام فإنه يمنع الوطء طبعًا لنفور الطبع عن المجذمة.

● ص:

وعلى ولي المجنون لا الصغير إطافته.

● ش:

يعني: أن المجنون إذا كانت له زوجات فإنه يجب على وليه أن يطوفه على زوجاته للعدل بينهن كما يجب عليه نفقتهن؛ لأن ذلك من باب خطاب الوضع بخلاف ولي الزوج الصغير فلا يجب على وليه إطافته لعدم منفعة المرأة بوطئه؛ لأن المرأة تنال من المجنون ما لا تناله من الصغير.

ثم إن قوله: (وعلى ولي) معطوف على مقدر دل عليه الكلام السابق أي وجب قسم المبيت على الزوج العاقل وعلى ولي المجنون... إلخ.

● ص:

ولمن أقعده المرض المكث عند من شاء[2].

● ش:

يعني: أن المريض الذي أقعده المرض فلم يقدر على الطواف عليهن له أن يمكث عند من شاء من زوجاته إلى القدرة فإن لم يقعده المرض طاف بنفسه عليهن.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (والمحرمة والمظاهر منها) أي: فلا فرق بين أن يكون الامتناع سببه منها كالإحرام أو منه كالظهار. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عند من شاء... إلخ) أي: لرفقها به في تمريضه لا لميله لها فيمتنع المكث عندها ثم إذا صح ابتدأ القسم. اهـ.

● ص:

والوطء بسجيته[1] فلا يؤخره لأخرى.

● ش:

يعني: أنه لا يجب عليه القسم في الوطء بل يوكل فيه لسجيته وطبيعته فكل من دعته نفسه إليها أتاها ولا حرج عليه في أن ينشط للجماع في يوم هذه دون يوم الأخرى، إلا إذا دعته نفسه إلى واحدة من الزوجات، فإنه يحرم عليه أن يؤخر الوطء إلى ليلة وطء الزوجة الأخرى، فمحل الحرمة إذا مالت نفسه للجماع في ليلة واحدة فكف عنها قصد لتوفير اللذة للأخرى، لا إذا قصد بالكف توفير عافيته فلا يحرم.

فقوله: (فلا يؤخر لأخرى) مفرع على ما قبله أي أنه إذا كان الوطء موكولا لسجيته فلا يؤخره للأخرى إذا مالت سجيته عند الأولى وإذا شكت المرأة قلة الوطء فيقضي عليه بكل ثلاثة أيام بمرة أي بعد تمام الثلاث؛ لأن له أن يتزوج بأربع زوجات وقيل: بعد كل يومين؛ لأن للذكر مثل حظ الأنثيين فله يومان ولها يوم، وقضى عمر بمرة في كل طهر، وإن شكت كثرة الوطء فبقدر ما يمكنها كالأجير، هذا ما يؤخذ من كلامهم ترجيحه، فالمرجح في شكوى القلة القضاء بمرة بعد كل ثلاث وفي شكوى الكثرة حسب الإمكان، ويرجع في الممكن من ذلك للنساء العارفات.

● ص:

وفات بالظلم فيه[2].

● ش:

يعني: أن الرجل إذا ظلم في القسم كأن أقام عند إحداهن شهرا فإن القسم يفوت

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بسجيته) بالسين المهملة؛ أي: بطبيعته. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالظلم فيه) أي: وفات القسم بالظلم فيه كأن بات عند إحدى الضرتين ليلتين ليلتها وليله ضرتها حيفا وكذا إذا بات عند إحدى الضرتين ليلتها وبات الليلة الثانية في المسجد لغير عذر. اهـ.

بالظلم فلا يقضي للثانية المظلومة الأيام التي فاتتها في زمن الظلم لفوات الزمن فلا محاسبة للمظلومة[1] بقدر ما مكثه عند ضرتها.

ومفهوم الظلم أخروي، كما لو سافر بواحدة فليس للحاضرة محاسبة المسافرة، وكما لو سافرت إحداهن وحدها فلا تحاسب الحاضرة، وكبياته بمولد أو قراءة أو صنعة في ليله واحدة فليس لها عوض ليلتها.

والحاصل: أن القسم يفوت بفوات زمنه سواء فات لعذر أو لا فلا يقضي للتي فاتت ليلتها ليلة بدالها ولكن يزجر الزوج إن تعمد الظلم.

ثم شبه في الفوات قوله:

● ص:

كإباق المبعض.

● ش:

(المبعض) صادق بالعتق بعضه وبالمشترك بين اثنين فأكثر فالمبعض بالعتق إذا كان يخدم نفسه جمعة ويخدم مالك بعضه جمعة أخرى، وأبق في جمعة سيده ورجع بعدها فإنه يفوت على مالك بعضه زمن إباقه، فلا محاسبة له به، وهذا ما لم يكن استعمله شخص فإنه يرجع على من استعمله بقيمة ما ينوبه في زمن الاستعمال.

وإذا كان العبد مشتركا بين اثنين أو أكثر وكان يخدم كل واحد شهرا مثلا وأبق في زمن[2] واحد منهما فإنه يفوت عليه زمن أباقه فليس له المحاسبة بما ظلم فيه فإن استعمله زمن الإباق أحد رجع على من استعمله كالذي قبله فإن لم يقسم الزمن فما عمله لهما وما إبق عليهما.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (للمظلومة) أي: لأن المراد من القسم دفع الضرر الحاصل وتحصين المرأة وذلك يفوت بفوات زمنه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأبق في زمن... إلخ) يفيد أنه لو لم يأبق ثم خدم بعضهم مدة أزيد من مدته الشرعية فلا يفوت بل يعوض. اهـ.

● ص:

وهو بيوم وليلة وندب البدء بالليل.

● ش:

قوله (وهو) أي القسم؛ يعني: أن القسم يكون بيوم وليلة ولا يزيد على ذلك ولا ينقص كأن ينصف الليلة إلا برضاها أو رضاهن ما لم يكن في بلاد بعيدة فلا بأس بقسمة لجمعة والشهر مما لا ضرر عليه فيه كما يأتي وله أن يقيم عند أحداهن لتجر أو صنعة.

قال «ز»: ولا يمكث عند إحداهما أزيد من الأخرى إلا لحاجة تجر أو حرص أو نحوه وقال أيضا: ولا يلام في الميل القلبي ولا يجيب التسوية فيه ولا بين زوجة واحدة وأمة يملك، ويندب البدء في القسم بينهن بالليل؛ لأنه وقت الأنس والإيواء للزوجات وله أن يعكس كما قال «خ».

ثم شبه في الندب قوله:

● ص:

كالمبيت عند الواحدة.

● ش:

يعني: أنه يندب للزوج المبيت عند الزوجة الواحدة التي لا ضرة لها لما فيه من حسن العشرة فلا يجب عليه المبيت عندها إلا لظن ضرر يلحقها بالوحدة أو خوف ونحو ذلك مما تقتضيه الضرورة فيجب عليه أن يبيت معها أو تبيت معها امرأة ترضى[1].

وبعبارة: يندب المبيت عند الواحدة مطلقا سواء كان له أما أو لا. فإن شكت الوحدة في المبيت ضمت لمن يؤانسها أو أتى لها بمن يؤانسها ما لم يكن تزوجها على ذلك إلا لضرر بالوحدة وتقدم أن عدم وجوب المبيت عند الواحدة مشروط

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (امرأة ترضى) أي: امرأة ترضي ببياتها عندها؛ لأن تركها وحدها ضرر وربما تعين عليه زمن خوف المحارب والأظهر التفضيل بين أن يكون عندها ثبات بحيث لا يخشى عليها في بياتها وحدها فلا يجب البيات عندها وإلا فيجب. اهـ.

بعدم قصد الزوج[١] ضررها فلا تفضل.

● **ص:**

وبما لا يضره[٢] إن كن ببلاد وبما رضين.

● **ش:**

قوله (وبما لا يضر) عطف على (بيوم) أي: أن القسم بيوم وليلة أن كن ببلد واحد أو ببلاد قريبة وبما لا يضر الزوج أن كن ببلاد متباعدة وبما يرضي به الزوجات من قليل أو كثير فهذا الكلام مقيد لقوله (وهو بيوم وليلة) أي: أن القسم بيوم وليلة أن لم يكن ببلاد ولم يرضين بأقل من اليوم والليلة أو أكثر فإن كن ببلاد فالقسم يكون بالزمن الذي لا يضر بالزوج كالجمعة مثلا.

وإن رضين بأكثر أو أقل فالقسم بما رضين به سواء كان ببلد أو بلاد.

فقوله: (وبما رضين) ليس خاصا بما إذا كن ببلاد والضمير في (كن ورضين) للزوجات. و(ما) في قوله (بما لا يضر وما رضين) واقعة على زمن أي بزمن لا يضره وبزمن يرضين به.

● **ص:**

واختار في السفر على المختار.

● **ش:**

يعني: أن الرجل الذي له زوجتان فأكثر إذا أراد السفر فإنه يختار من شاء منهن للسفر معه بلا قرعة سواء كان السفر حجا أو غزوا أو تجارة أو غير ذلك[٣] على المختار عند ابن القاسم الذي صدر به الأصل كما في «الش»؛ لأن المصلحة قد تكون في إقامة إحداهن إما لثقل جسمها أو لكثرة عيالها أو لغير ذلك مما لا ميل فيه

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بعدم قصد الزوج) فإن قصد الضرر حرم. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وبما لا يضره) والحاصل: أنه يجوز تنصيف الزمن برضاهن فإن لم يرضيا بالزيادة ولا بالنقص وجب القسم بيوم وليلة ولا يجوز تنصيف ذلك لزمان ومحل هذا إذا كانتا ببلد واحد أو في بلدين في حكم الواحدة بأن كان يرتفق أهل كل منهما بأهل الآخر، وأما إذا كانتا ببلدين متباعدين فلا بأس بالقسم بالجمعة والشهر مما لا ضرر عليه فيه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو غير ذلك) كأن تكون أحفظ لماله. اهـ.

من الزوج ولا قصد ضرر.

ومن اختار سفرها جبرت عليه[1] أن لم يشق عليها أو يضر بها فإذا رجع ابتدأ القسم ولا محاسبة للحاضرة كما مر ومقابل المختار بقول له: الاختيار في السفر إلا سفر[2] الحج والغزو لأن المشاحة تعظم في سفر الحرمات.

والحاصل: أن الأقوال لمالك هنا أربعة:

- الاختيار مطلقا: وهو الذي اختاره ابن القاسم.
- القرعة مطلقا.
- القرعة في الحج والغزو فقط
- القرعة في الغزو فقط.

فإن قلت: تقدم النقل عن «الش» أنه جعل القول الأول المختار هو الذي صدر به الأصل وهذا غير صحيح؛ لأنه بعكس ما في الأصل؛ لأن الأصل صدر بالقول المفصل لا بالإطلاق كما قال «الش»

يجاب: بأن ما قاله «الش» هو الصحيح وذلك؛ لأن الأصل قال: وإن سافر اختار إلا في الحج والغزو. ثم قال: وتولت بالاختيار مطلقا، وهو في قوة قوله: (وأبقاها بعضهم[3] على ظاهرها) وهو عموم الاختيار الذي صدر به قبل الاستثناء.

هذا ما أجاب به «حش» الإنصاف أن هذا الجواب تكلف، و«الش» انقلب عليه الكلام سهوا يظهر ذلك بأدنى تأمل في عبارة الأصل.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (جبرت عليه) فإن امتنعت بدون ضرورة سقطت نفقتها؛ لأنها تصير ناشز لما ذكره بعضهم فتأمله. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا سفر الحج... إلخ) أي: وذلك لأن الحج تشتد فيه الرغبة لأجل أداء الفرض والثواب والغزو لتحصيل الشهادة؛ أي: رجاء ذلك. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأبقاها بعضهم... إلخ) اعلم أن المدونة قالت: إن إيراد الزوج سفر اختار من نسائه واحدة للسفر معه فبعضهم أبقاها على ظاهرها من الاختيار مطلقا وبعضهم حملها على ما إذا كان السفر لغير الحج والغزو وأما لهما فيقرع وظاهر الذخيرة أن هذا هو المشهور. اهـ.

• **ص:**

وله مكالمة غيرها بالباب ولا يدخل إلا لحاجة[(١)].

• **ش:**

يعني: أنه يجوز للزوج إذا قسم بين زوجاته أن يكلم غير التي هي عندها بالباب من غير دخول وكلامه لها إما بالسلام عليها والسؤال عن حالها أو غير ذلك فلا مفهوم لقول الأصل: (والسلام بالباب) ويحرم عليه الدخول لما فيه من الظلم إلا لحاجة غير الاستمتاع كمناولة ثوب أو كتاب، فيجوز له الدخول ولو أمكنته الاستنابة على الأشبه بالمذهب[(٢)] لأن الإنسان أدرى بحوائج نفسه وما حك جسمك مثل ظفرك فتول أنت جميع أمرك ودين الله يسر.

• **ص:**

وبات بالحجرة إن أغلقت بابها إلا أن يشينه.

• **ش:**

(الحجرة): بضم فسكون ساحة الدار ونحوها ويشئين بفتح حرف المضارعة من شان بمعنى يعيبه البيات بالحجرة؛ يعني: أن الرجل إذا أتى زوجته في يومها ليدخل عندها فأغلقت بابها في وجهه أو كان مغلوقا قبل ذلك ولم تفتحه فإنه يبيت في حجرتها سواء كانت ظالمة أو مظلومة عند ابن القاسم[(٣)] ولو كثر منها ذلك ويؤدبها ولا يذهب لضرتها.

أصبغ: لا يذهب لضرتها إلا أن يكثر ذلك منها ولا مأوى له سواها[(٤)] ومحل

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا لحاجة) فيجوز الدخول سواء كان في الليل أوالنهار وبعضهم خصصه بالنهار وإذا دخل لحاجة فلا يقيم عند من دخل لها إلا لعذر لابد منه؛ كاقتضاء ومن منها وتجر لها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالمذهب) خلافا لمن قال: لا يدخل لحاجة إلا إذا تعسرت الاستنابة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ابن القاسم) الظاهر دون قول أصبغ. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (سواها) الموجود في بهرام و«تت» سواهما وهو ظاهر؛ أي: وأما لو كان له مأوى سواهما لذهب إليه. اهـ.

مبيته بالحجرة إذا لم يشينه المبيت فيها بضرر أو حطة قدر بين الناس فإن شأنه ذلك بضرر لص أو برد أو سبع أو حطة قدر وازدراء بين الناس فلا يبيت فيها ويذهب إلى ضرتها إن شاء وهل يجوز له وطؤها تلك الليلة(١) أو لا، خلاف. والمعتمد الأول وتكون المرأة ناشزًا بإغلاق الباب دونه إلا أن تخاف منه ضررا.

● **ص:**

وجاز الإسقاط ثم إن خصت واحدة فهي، وله الامتناع وإن ملكت الزوج خص من شاء وإلا فالدور بلاها.

● **ش:**

يعني: أنه يجوز للزوجة أن تسقط حقها من المبيت لزوجها أو لضرتها مدة معينة سواء كان هذا الإسقاط بعوض تأخذه من الزوج أو من ضرتها أو من غيرها أو بغير عوض بأن تسقط حقها مجانا ثم إن خصت بحقها واحدة من الزوجات فالمختصة هي التي تحاسب بليلتها دون غيرها فيكون لها يومان وتبقى أيام القسم على حالها وللزوج الامتناع من ذلك لغرض؛ أي له أن لا يرضي بإسقاط حقها لمن خصتها إذ قد يكون له غرض في التي أسقطت حقها دون المختصة وإذا أجاز الزوج أو رد فليس للمختصة كلام، وإن ملكت حقها للزوج بأن قالت: بعتك ليلتي، أو هبتها لك، أو ملكتها لك، أو افعل بها ما شئت. فله أن يخص بليلتها من شاء منهن كما في التوضيح وإلا تملك الزوج حقها بأن كان مجرد إسقاط كأن تقول: رفعت عنك الحق في ليلتي. فليس له أن يخص بليلتها من يشاء بل تقدر الواهبة كالعدم ويكون الدور بلاهما.

فإن كن أربعة صار الدور على ثلاثة وإن كن ثلاثة فالدور على ثنتين وكأن المسقطة لم تكن فإذا كانت هي التالية لمن بات عندها بات عند من يليها وهكذا.

فقوله: (وإلا) مفهوم قوله: (وإن ملكت الزوج) أي وإلا تملكه بل كان ذلك مجرد إسقاط له فالدور بلاها أي بلا التي أسقطت حقها؛ لأنها صارت كالعدم.

وتعبير «المص» بالإسقاط أحسن من التعبير بالبيع أو الشراء؛ لأن هذا ليس بيعا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تلك الليلة) واعتمده الأجهوري. اهـ.

حقيقيا بل من باب إسقاط حق وجب في نظير شيء تأخذه من مال أو منفعة أو مجانا.

وقولنا في صدر العبارة: مدة معينة؛ احتراز من الإسقاط على الأبد وما وقع له فمن خواصه. كذا يفيده «خ». أي ما وقع له في امرأته السيدة سواء لكن بغير شر.

أو قوله: (جاز المراد بالجواز) مقابل الامتناع فلا ينافي الكراهة. وقوله: (ثم إن خصت واحدة) فهي يفهم منه أنه ليس للزوج أن يجعل ليلتها الغير من خصتها حيث رضي بالإسقاط.

تنبيهات:

الأول: لو جبر الرجل إحدى الزوجات بين الإسقاط والطلاق فرضيت بالإسقاط خوفا من الطلاق في جواز ذلك قولان.

وإن كانت إحدى الزوجات أمة فلا يجوز لها الإسقاط إلا بإذن سيدها لحقه في الولد، إلا أن تكون حاملا أو صغيرة أو يائسة أو عقيمة.

الثاني: فيجوز للزوج أخذ مال من الزوجة أو غيرها على إمساكها في العصمة وعدم طلاقها سواء كان لها ضرة أو لا.

وكذا يجوز ذلك على أن يحسن عشرتها وليس هذا من أكل أموال الناس بالباطل وكذا يجوز للزوجة أخذ شيء من الزوج لأجل أن تحسن عشرته ولا تفارقه.

الثالث: علم من جواز إسقاط المرأة حقها في المبيت أنه يجوز للزوج أن يطأ ضرتها في يومها إذا أذنت للزوج في ذلك قبل الغسل من وطئها أو بعده.

• ص:

ولها الرجوع.

• ش:

يعني: أن الزوجة إذا أسقطت حقها من المبيت لزوجها أو لضرتها فلها الرجوع في ذلك من الغيرة فلا قدرة لها على الوفاء.

والغيرة: بفتح المعجمة ورد في الحديث (الغيرة أمر كتبه الله على النساء فلمن صبرت عليها مثل أجر شهيد)[1].

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٠٠٤٠) بلفظ مقارب.

● ص:

ومن أخذت على غيرها بكر قضي لها بسبع وثيباً بثلاث.

● ش:

(أخذت) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير يعود على من الواقعة على زوجة أو امرأة؛ يعني: أن من تزوج امرأة على غيرها فإن كانت التي تزوجها بكر فإنه يقضي لها بسبع ليال متوالية يخصها بها، ولو كانت أمة تزوجها على حرة.

وإن كانت التي تزوجها على غيرها ثيبا فإنه يقضي لها بثلاث ليال متوالية، ولو أمة تزوجها على حرة.

فإذا طلبت الزوجة بكرا أو ثيبا مما لها شرعا فلا يزاد لها شيء ثم إذا سبع للبكر وثلث للثيب خير في البداية بأيتهن تيامن، قديمة أو جديدة، ولا قضاء عليه للقديمة بعد التسبيع أو التثليث؛ بل تفوت عليها السبع أو الثلاث فلا تحاسب بها.

وهل يخرج للصلاة ولحوائجه أو لا؟ خلاف إلا لجمعة فيخرج لها اتفاقا.

وأفهم قوله: (أخذت على غيرها) أنه إذا أخذها وحدها أي لا على ضرة لا يقضي عليه لها بشيء لا بسبع ولا ثلاث. وإذا أخذ زوجتين في يوم أو ليلة فيقضي للسابقة في العقد، فإن استويا فالسابقة في الدخول، فإن استويا فالسابقة للدعاء للدخول فإن استويا من كل وجة فالقرعة. وقالت الحنفية: لا يقضي لبكر ولا ثيب بشيء.

● ص:

وقضي لكل بدار.

● ش:

يعني: أنه يقضي لكل من الزوجتين أو الأكثر بدار مستقلة عند المساحة ولا يلزمه إبعاد ما بين الداريين إلا لضرر، والمراد بـ(الدار) المسكن المستقل بمرافقه ومنافعه من كنيف ونحو ذلك بحيث لا يعدان بمحمل واحد عرفا كما يفيده مقابلة وهو قوله:

● ص:

وجاز برضاهن جمعهن واستدعاؤهن لمحله.

● ش:

يعني: أنه يجوز للزوج أن يجمع زوجته أو زوجاته في محل واحد إن رضيا بذلك

فإن لم يرضيا فلا يجوز له أن يجمع بينهما في محل واحد بل يلزمه أن يفرد كل واحدة بدار ولا يلزمه أن يبعد ما بين الدارين.

قال الأصل: وبرضاهن جمعهما بمنزلين من دار. أي: يجوز جمعهما في دار واحدة بشرط أن يكون لكل منهما منزل مستقل بمرافقه ومنافعه وبشرط رضاهما بذلك هذا معنى كلام الأصل.

قال «دص»: واعترض سيدي أحمد بابا على الأصل بأن ما ذكره من التقييد بالرضي فلا نص في كلامهم يوافقه؛ بل نصوص أهل المذهب تدل على أن له جبرهن على ذلك. اهـ.

ثم مشي هو - أي «دص» - على أن له جبرهما على السكنى في دار واحدة وكلام مصنفنا هنا في السكنى بمحل واحد لا بمحلين من دار واحدة.

فإن قلت: يلزم على جمعهما بمحل واحد وطء إحداهما بحضرة إحداهما عند خروج الأخرى من المحل لزيارة ونحوها وعلى ما ذكره «المص» من جواز جمعهما بمحل برضاهما إذا رجعا أو إحداهما عن الرضي وأراد الإنفراد فلهما ذلك.

تنبيه:

تقدم أن الرجل إذا مر بباب زوجة من زوجاته يجوز له أن يسلم عليها في يوم ضرتها من غير دخول ولا جلوس إلا لحاجة، فيدخل من غير مكث على المشهور.

ابن الماجشون: لا بأس بأكل ما تبعث به إليه. أي: بالباب لا في بيت الأخرى لما فيه من أذيتها.

وقوله: (استدعاؤهن) عطف على فاعل (جاز)؛ يعني: أنه يجوز للرجل أن يتخذ لنفسه محلا ويدعو كل من كانت نوبتها أن تأتي إليه بشرط رضاها بذلك ولكن الأولى له أن يذهب لكل واحدة لمحلها لفعله عليه الصلاة والسلام ذلك

• ص:

وحرم دخول حمام ببصيرتين ومضاجعتهما ولو بلا تلذذ.

• ش:

يعني: أنه يحرم على الرجل دخول الحمام بزوجته البصيرتين لحرمة نظر

بعضهن إلى عورة بعض.

وكذا لا يجمع بين إمائه أو بين زوجته وأمته في الحمام لأنه مظنة النظر للعورة أما دخوله بزوجة أو أمة واحدة فيجوز.

ومفهوم البصيرتين أن العميتين له دخول بهما ولو كانت إحداهما عمية والأخرى بصيرة فلكل حكمها فيجوز دخول العمياء ويحرم دخول البصيرة معها.

وظاهر كلامه أنه يحرم ما ذكر ولو مع الستر؛ لأنه مظنة التساهل فيه مع الزوج[1].

وقيل: يجوز مع الستر.

وكذا لا يجوز للرجل أن يضاجع زوجتيه أو زوجاته في فراش واحد معه ولو لم يتلذذ[2] بهن أو ببعضهن لما يحلقهن من شدة الغيرة.

وكذا يحرم عليه جمع زوجة وأمة في فراش واحد ولو بلا تلذذ.

● **ص:**

كالإماء على الظاهر، وقيل: يكره.

● **ش:**

هذا تشبيه في عدم الجواز؛ أي: وكذا لا يجوز للرجل أن يجمع بين إمائه في فراش واحد معه ولو بلا تلذذ على الظاهر نظرا لأصل الغيرة، ولربما كانت الغيرة في الإماء أشد من الحرائر.

وقيل: يكره[3] جمع الإماء بلا تلذذ لقلة غيرتهن عن الحرائر، وأما إذا جمعهما

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مع الزوج) فلا يقال: هذا يقتضي منع دخول النساء الحمام مؤتزرات بعضهن مع بعض؛ لأن الجواب ما أجاب به الشارح رضي الله عنه من أن المرأة يحصل منها التساهل من كشف عورتها إذا كان زوجها حاضر بخلاف ما إذا لم يكن حاضر فلا يحصل عندها التساهل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو لم يتلذذ... إلخ) هذا خلافا لابن الماجشون القائل: إنما يمنع جمعهما في فراش إذا جمعهما من فراش واحد للوطء وأما جمعهما بلا وطء فهو مكروه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وقيل: يكره) قولان لمالك رضي الله عنه والمنع هو الظاهر ولعبد الملك بن الماجشون قول بالإباحة وهو ضعيف. اهـ.

للوطء أو التلذذ فيحرم اتفاقا.

تنبيهان:

الأول: لا يصيب الرجل زوجته أو أمته ومعه أحد في البيت بحيث يراه صغيرا كان أوكبيرا يقظانا أو نائما، لكن يكره في الصغير ويمنع في الكبير اليقظان والمراد بالكبير الذي يعقل الوطء والصغير ضده. ونص الكافي ويكره الرجل أن ينام بين أمتيه أو بين زوجتيه وأن يطأ إحداهما بحيث تسمع الأخرى وأن يطأ الرجل حليلته بحيث يراه أحد صغيرا أو كبيرا وأن يتحدث بما يخلو به مع أهله، ويكره مثل ذلك للمرأة من حديثها بما تخلو به مع بعلها. اهـ.

وقوله: (وأن يطأ... إلخ) خلاف الراجح إذ الراجح المنع كما مر.

الثاني: لا يلام الرجل في الميل القلبي لإحدى زوجاته دون غيرها ولا تجب التسوية فيه كما لا يجب التسوية في النفقة بين الشريفة والدنيئة بل بحسب حال كل، فالشريفة بقدر مثلها والدنيئة بقدر مثلها بل أخذ من الأصل ومن بعض نسخ العزية أنه يحرم تسوية شريفة القدر بالدنيئة في النفقة والكسوة كما يحرم عدم مساواتهما في المبيت ولكن تقدم عن «الش» أنها تستحسن التسوية في الإنفاق وتجب في المبيت وذكر في العزية أن من لم يعدل بين نسائه فهو ظالم عاص لله ورسوله لا تجوز إمامته ولا شهادته ومن جحد وجوبه فهو كافر يستتاب ثلاثا فإن لم يتب قتل.

وورد: أنه يأتي يوم القيامة وشقه ساقط والعياذ بالله.

ولما فرغ من أحكام القسم شرع يتكلم على أحكام النشوز فقال:

● **ص:**

ووعظ من نشزت ثم هجرها ما لم يظن عدم الإفادة ثم ضربها إن ظن الإفادة.

● **ش:**

(النشوز) هو الخروج من الطاعة الواجبة كان منفعته الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل والصلاة أو

غلقت الباب دونه أو خانته في نفسها أو ماله.

و(الوعظ) التذكير بما يلين القلوب لقبول الطاعة واجتناب المنكر ولا نفقة للناشز أن عجز عن ردها فإن قدر على ردها لطاعته ولو بحاكم فعليه النفقة لتمكنه منها.

قال «دص»: واختلف في وجوب نفقة الناشز، والذي يكره المتيطي ووقع به الحكم - وهو الصحيح - أن الزوج إذا كان قادرا على ردها ولو بالحكم ولم يفعل لها النفقة وإن غلبت عليه بحمية قومها وكانت ممن لا ينفذ فيهم الأحكام فلا نفقة لها.

والمعنى: أن المرأة إذا نشزت وخرجت عن طاعته أو طاعة الله تعالى فإن الزوج يعظها بأن يذكرها أمور الأخرى وما يلزمها من طاعته ثم إن لم يفد الوعظ هجرها أي تجنبها في المضجع فلا ينام معها في فراش لعلها أن ترجع عما هي عليه من المخالفة وغاية الهجر شهر وله الزيادة عليه بشرط أن لا يبلغ الأربعة الأشهر التي للمولى ومحل الوعظ والهجر ما لم يظن عدم الإفادة بأن تحقق الإفادة أو ظنها بل وإن شك فيها لسهولة ذلك فإن ظن عدم الإفادة وأولى تحققها فلا يهجر؛ لأن الوسيلة إذا لم يترتب عليها مقصدها لم تشرع ثم بعد الهجر ضربها ضربًا غير مبرح[1] كما هو قاعدة الأدب الشرعي، والتبريح كسر عظم أو بشيء لحم. فغير المبرح هو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة.

ومحل الضرب إن ظن الإفادة وأولى أن تحققها لا إن شك في إفادته فلا يجوز له الإقدام عليه لشدته عن غيره. وأولى إن ظن أو تحقق عدم الإفادة، ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا به فإن وقع فلها التطليق عليه والقصاص.

وإن ادعت الزوجة العداء وادعى الزوج الأدب فالقول قولها[2] وكذلك العبد

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (غير مبرح) بكسر الراء المشددة اسم فاعل من برح به الأمر تبريحا شق عليه فالضرب المبرح هو الشاق. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فالقول قولها) أي: فإنها تصدق وحينئذ فيعزره الحاكم عليه ذلك العداء ما لم يكن الزوج معروفا بالصلاح وإلا قبل قوله. اهـ.

والسيد على خلاف فيهما قاله «خ». وقيد بعضهم ذلك في الزوج بما إذا لم يكن معروفا بالصلاح وإلا فالقول قوله:

● ص:

وزجر الحاكم[1] المتعدي.

● ش:

يعني: أنه إذا تعدي أحد الزوجين على صاحبه بضرب أو شتم أو نحو ذلك وثبت التعدي ببينة أو إقرار فإن الحاكم يزجر المتعدي منهما أي يمنعه منه بالوعظ[2] ثم الضرب باجتهاده فإن لم يثبت فالوعظ فقط، فإن ثبت تعدى كل منهما على صاحبه وعظهما ثم ضربهما باجتهاده فإن لم يثبت فالوعظ فقط.

وللزوجة التطليق على زوجها بالتعدي إذا ثبت، وإن لم يتكرر التعدي منه عليها، وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاهة، وضربها ضربا غير مبرح على ترك الصلاة ونحوها كما مر.

● ص:

وإن تكررت الشكوى وعجز عن إثبات الدعوى سكنها بين صالحين.

● ش:

تقدم أن من تعدي من الزوجين وثبت تعديه زجره الحاكم وذكر هنا أنه إذا تكررت الشكوى من أحد الزوجين أو منهما وعجز المدعى منهما عن إثبات الدعوى وأشكل الأمر والتبس فإنه يسكنها بين قوم صالحين[3] تقبل شهادتهم إن لم تكن بينهم[4] ليظهر لهم الحال فيخبروا الحاكم بذي الضرر.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وزجر الحاكم... إلخ) أي: إذا رفع الأمر إليه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالوعظ... إلخ) أي: أو لا، ومحل الوعظ إن جزم بالإفادة أو ظنها أو شك فيها فإن لم يفد ذلك انتقل للضرب إن جزم بالإفادة أو ظنها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بين قوم صالحين) لا الأولياء أصحاب الكرامات. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن لم تكن بينهم) فإن كانت بينهم أول الأمر فإنهم يوصون على النظر في حالهما ليعلم من عنده ظلم منهما. اهـ.

والشكوى: اسم مصدر شكي من باب قتل ومصدره تشكو.

والدعوى: اسم مصدر ادعى بمعنى اسم المفعول.

● **ص:**

وإن لم يفد بعث عدلين رشيدين فقيهين أو تابعين لفقيه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا لم يفد إسكانها بين الصالحين في إثبات الضرر بأن لم يظهر لهم المتعدي من غيره أو كانت بين الصالحين أو لم يمكن سكانها بينهم فإن الحاكم أو من يقوم مقامه يبعث لهما حكمين ويشترط فيهما شروط:

الأول: أن يكونا عدلين فإذا بعث غير العدلين بطل حكمهما بطلاق[1] أو إبقاء أو بمال[2] وغير العدل هو الصبي والمجنون والفاسق والعبد والكافر.

الثاني: أن يكونا رشيدين فلا يصح حكم سفيه وهو المبذر في الشهوات ولو مباحة[3] على المذهب.

الثالث: أن يكونا فقيهين أو تابعين لفقيه بأحكام النشوز؛ لأن كل من ولي أمرا يشترط فيه أن يكون عارفا بما ولي فيه فلا يصح حكم جاهل[4] بأحكام باب النشوز.

ويشترط اتحاد مذهبهما، ويشترط أيضا الذكورية، فلا يصح حكم امرأة[5]، ولم يذكر هذا الشرط استغناء عنه بتذكير الأوصاف.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بطلاق) بغير مال. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو بمال) في خلع. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو مباحة) لا المحرمة فقط. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حكم جاهل... إلخ) أي: ما لم يشاور العلماء بما يحكم به فإن حكم بما أشاروا عليه به كان حكمه نافذا. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حكم امرأة) أي: امرأتان فالمراد الجنس؛ أي: جنس المرأة فالمرأتين لا يصح أن يكونا حكمين؛ لأن الرجل الواحد لا يكون حكما. اهـ.

● ص:

وشرطهما القرابة إن أمكن.

● ش:

يعني: أنه يشترط في الحكمين زيادة على ما مر:

القرابة من الزوجين[١] بأن يكون حكما من أهله وحكما من أهلها إن أمكن للآية؛ فلا يجوز أجنبيين[٢] مع الإمكان[٣]، فإن بعثهما[٤] مع الإمكان ففي نقض حكمهما[٥] تردد[٦] فإن لم يمكن كونهما معا من الأهل بل واحد فقط من أهل أحدهما والثاني أجنبي فقال اللخمي: ضم له[٧] أجنبي.

وقال ابن الحاجب: تعين كونهما أجنبيين وترك القريب لأحدهما وإن وجد قريب واحد لهما غير مستوفٍ القرابة لهما بأن اشتدت قرابته لأحدهما، فقيل يعدل عنه لأجنبيين؛ ليحصل الاستواء من الجانبين ولا يضم لأجنبي.

وإذا وجد قريب من أهله وقريب من أهلها واشتدت القرابة في أحدهما كأن يكون قريب الزوج ابن عم وقريب الزوجة ابن أخ فكذلك يعدل عن القريبين الأجنبيين وانظر في القريب الأدنى هل يمنع؛ لأنه لا يحكم إلا لمن يشهد له.

وما هنا حكم أو يجوز لاستوائه في الوجود من الطرفين ولعله الأظهر. أفاده «حش».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (القرابة من الزوجين) أي: لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأطيب بالصلاح ونفوس الزوجين أسكن إليهما فيبرزان لهما ما في ضمائرهما من الحب والكره وإرادة الفرقة أو الصحبة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أجنبيين) أي: ليلا بليل القريب قريبه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مع الإمكان) أي: إمكان الأهلين. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإن بعثهما) أي: الأجنبيين مع إمكان الأهلين. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ففي نقض حكمهما) أي: بالطلاق مجانا أو على مال. اهـ.

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تردد) أي: تحير اللخمي، واستظهر بعضهم نقض الحكم؛ لأن ظاهر الآية أن كونهما من أهلهما مع الوجدان واجب شرط. اهـ.

(٧) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ضم له) لأهل أحدهما. اهـ.

● ص:

وندب كونهما جارين[١].

● ش:

يعني: أنه يندب في الحكمين أن يكونا جارين للزوجين سواء كانا من الأهل أو أجنبيين عند عدم الأهل؛ لأن الجار أعرف بحال الجار ولا يشترط ملازمة الحكمين للإقامة مع الزوجين بل التردد عليهما المرة بعد المرة حتى يطلعا على حقيقة أمرهما.

● ص:

وللزوجين إقامة واحد ومضى من الوليين والحاكم وفي جوازه تردد.

● ش:

يعني: أن للزوجين أن يقيما حكما واحدا[٢] بلا رفع للحاكم بشرط أن يكون على الصفة[٣] المتقدمة من كونه عدلا فقيها وينفذ حكمه ولو لم يرضيا به وأولى أن لهما إقامة حكمين، وإما الوليان أي ولي الزوج وولي الزوجة المحجورين إذ إقاما حكما واحد فإنه يمضي بعد الوقوع.

وكذا الحاكم إن أقام واحدا فإنه يمضي ولا ينقض حكمه. وهل يجوز ذلك للولين والحاكم ابتداء؟ أو لا يجوز لهما في ذلك؟ تردد[٤].

ومحل التردد: إن كان الذي أقامه الولي والحاكم أجنبيا أو قريبا لهما قرابة مستوية كابن عم لهما وأما إن كان قريبا لأحدهما أو أقرب منع اتفاقا.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (جارين) أي: لأن المجاورة توجب زيادة علم بحال الزوجين. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (حكما واحدا) ظاهره كان قريبا منهما أو أجنبيا وقيل: إذا كان أجنبيا فقط. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على الصفة... إلخ) أي: ويفعل ذلك الحكم ما يفعله الحكمان من الإصلاح بينهما فإن تعذر طلق مجانا أو بمال. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تردد) أي: بين اللخمي. والباجي يقول بعدمه والأظهر من القولين القول بالجواز كما قال العدوي. اهـ.

تنبيه:

سئل الأصل: لما جاز هنا بحكم واحد ولم يجز في تحكيم الصيد إلا اثنان وقد جاء النص بتحكيم اثنين في الموضعين؟

فأجاب: بأن جزاء الصيد حق لله تعالى فلم يجزأ إسقاطه وهذا حق للزوجين فلهما إسقاطه

● ص:

وإن بعثهما[(١)] الزوجان فكل الإقلاع إلا لكشف وعزم على الحكم إلا أن يرجعا للصلح على الأظهر.

● ش:

يعني: أن الزوجين إذا بعثا حكمين بلا دفع للحاكم فلكل منهما الإقلاع أي الرجوع عن تحكيمها وعزلها إلا إذا استدعيا الكشف عن حال الزوجين وعرفا منها أمرهما وعزما على الحكم بينهما فليس لهما ولا لأحدهما الإقلاع والرجوع عن الحكم الحكمي إلا إذا رجعا عن حكم الحكمين للصلح وعدم الفراق فلهما الرجوع على الأظهر كما قال ابن يونس[(٢)].

ومقابل الأظهر أنه متى حصل الكشف والعزم من الحكمين فليس لهما الرجوع ولو رضيا عند العزم على الطلاق بالبقاء وعدم الفرقة.

ومفهوم قوله: (بعثهما الزوجان) لو كان مقامين من الحاكم فليس لهما الإقلاع ولو لم يستوعبا الكشف وهو ظاهر لعدم اخيارهما في إقامتهما.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن بعثهما) حاصله: أن الزوجين إذا أقاما حكمين جاز لهما أن يرجعا عن التحكيم ويعزلا الحكمين ما لم يستوعبا الكشف ويعزما على الحكم بالطلاق. أما إن استوعباه وعزما على ذلك فلا عبرة برجوع من رجع منهما عن التحكيم ويلزمهما بما حكما به سواء رجع أحدهما أو رجعا معا وظاهر الموازيه ولو رضيا بالبقاء على الزوجية وقال ابن يونس صاحب الموازية أراد إذا رجع أحدهما أما إذا رجعا معا ورضيا بالبقاء على الزوجية فينبغي ألا نفرق بينهما. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ابن يونس) هو المعتمد. اهـ.

● ص:

وعليهما الإصلاح فإن تعذر فإن أساء الزوج طلقا عليه وبالعكس أيتمناه أو خالعا بالنظر وإن أساءا فالأظهر كإساته وقيل: بالخلع.

● ش:

يعني: أن الحكمين يجب عليهما الإصلاح[1] بين الزوجين بكل وجه امكانهما للألفة وحسن المعاشرة.

ابن فرحون: بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه ويسأله عن ما كره من صاحبه. ويقول له: إن كان لك حاجة في صاحبك رددناه إلى ما تختاره معه فإن تعذر عليهما الإصلاح، فإن كانت الأساة من الزوج طلقا عليه بلا مال يأخذانه بحكمها ولو كانا مقامها بين من جهتها وطلاقها واحدة فلا يلزمه الزائد إن أوقعا أكثر وإن كان الأمر بالعكس بأن كانت الإساءة من الزوجة فقط، فإما أن يأتمناه[2] عليها بلا طلاق، بأن يجعلا أمينا عليها ويأمراه بالصبر وحسن المعاشرة.

وإما أن يخالعا له بنظرها في المخالعة وفي قدر الخالع ولو زاد على الصداق إذا أحب الزوج الفراق أو علما إنها لا تستقيم معه وإن كانت الإساءة منهما معا ولم يزد أحدهما على الآخر في الإساءة، فالأظهر من التأويلين أن ذلك كإساته هو فيغلب جانبه لخطر استيلائه عليها مع اسائته والرجال قوامون على النساء فيطلقانها عليه بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه وقيل: يطلقانها عليه بالخلع أي بمال يسير يأخذانه منها له؛ لأن أكثر الخبث من النساء غالبا.

وكذا عند الشك في المسيء منهما وقولنا: ولم يزد أحدهما على الآخر احترازا مما إذا أزاد أحدهما على الآخر في الإساءة فإنه يعتبر الزائد وقيل: الحكم كذلك ولو غلبت الإساءة فإنه يعتبر الزائد وقيل: الحكم كذلك ولو غلبت إساءة أحدهما على الآخر.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عليهما الإصلاح) أي: يجب عليهما في مبدأ الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه امكنهما؛ لأجل الالفة وحسن المعاشرة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (يأتمناه عليها) أي: إن رأياه صلاحا. اهـ.

● ص:

وأخبر الحاكم[١] وحكمهما نافذ.

● ش:

يعني: أن الحكمين يجب عليهما أن يخبرا الحاكم بما فعلاه من طلاق أو إبقاء. وكذا جميع نوابه يجب عليهم إخباره ليحتاط بالقضايا خبرا وحكم الحكمين بصلح أو طلاق بعوض أو بغير عوض نافذ وجوبا؛ لأن طريقها الحكم لا الشهادة ولا الوكالة فلا يجوز للحاكم نقضه ولا نفقه ولو كان حكمها مخالف لمذهبه وفائدة إخباره جمع الكلمة وعدم الاختلاف.

وهل يرفع حكم الحكمين الخلاف؟ خلاف، ولذا يجب على الحاكم أن ينفذ حكمهما[٢] ليصير رفع الخلاف متفقا عليه.

● ص:

ولا يلزما إلا واحدة كأن اختلفا في العدد.

● ش:

يعني: أن الحكمين ينفذ طلاقهما وإن لم يرض الزوجان أو الحاكم بالطلاق ولو مقامين[٣] من جهة الزوجين؛ لأن طريقها الحكم[٤] لا الوكالة ولا الشهادة كما سبق لكن لا يلزم الزوج إلا طلقة واحدة ولو أوقفا أكثر منها؛ لأن الزائد خارج عن معنى

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وأخبر الحاكم) يعني: أنه يجب على الحكمين إن يأتيا للحاكم الذي أرسلهما فيخبراه بما فعلا ليحتاط علمه بالقبض فإذا اخبراه وجب عليه امضاؤه من غير تعقب وإن خالف مذهبه وإن لم يمضه الحاكم ولم يرض به نفذ عليه كل حال فافهم. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أن ينفذ حكمهما... إلخ) أي: بأن يقول الحاكم: حكمت بما حكمتها به وأما إن قال نفذت ما حكمتها به فإنه لا يرفع الخلاف. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من جهة الزوجين) رد بلو ما يتوهم من أنهما إذا كان من جهتهما فإنه لا ينفذ إذا لم يرضا به أو الحاكم. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأن طريقهم الحكم) أي: على المشهد أما على القول بأن طريقهم الوكالة عن طلقناها الزوجين. اهـ.

الإصلاح الذي بعثا إليه فللزوجة رد ما زاد على طلقه وهي بائنة ولو لم يكن خلعا بأن كان الطلاق بلا عوض.

وكذا لا يلزمه إلا واحدة إذا اختلفا في العدد بأن أوقع أحدهما واحدة والثاني اثنين أو ثلاثا لاتفاقها على الواحدة وكذا إذا قال: أحدهما طلقناها[1] واحدة وقال الآخر: طلقناها اثنتين أو ثلاثا فلا يلزم الزوج إلا واحدة.

● ص:

وإن اختلفا في الخلع فإن لم تلتزمه فلا طلاق.

● ش:

يعني: أن الحكمين إذا اتفقا على الطلاق واختلفا في الخلع أي بالمال[2] بأن قال أحدهما: طلقناها بعوض وقال الآخر: بلا عوض. فإن لم تلتزم المرأة الخلع فلا طلاق يلزم الزوج ويعود الحال كما كان؛ لأن الزوج يدعي إن الطلاق معلق على شيء لم يتم ولأن مجموع الحكمين بمنزلة حاكم واحد ولا وجود للمجموع عند انتفاء بعض أجزائه وإن التزمته وقع الطلاق وبانت منه.

● ص:

وفي جنسه أو صفته فخلع المثل إلا أن يزيد عنهما أو ينقص فأقربهما له.

● ش:

قوله (في جنسه) عطف على قوله: (في الخلع) والضمير في (يزيد وينقص) راجع لـ(خلع المثل) وقوله: (عنهما) أي عن الحكمين أي عن دعواهما.

وكذا ضمير (أقربهما) راجع للحكمين والضمير في (له) الخلع المثل؛ يعني: أن

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (طلقناها واحدة) أي: أوقعنا معا واحدة وقال الآخر: أوقعنا معا ثلاثا أو اثنين. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالمال) أي: في أصل المال وأما لو اختلفا في قدره بأن قال أحدهما: طلقنا بعشرة، وقال الآخر: فيوجب ذلك الاختلاف للزوج خلع المثل وكذا إذا اختلفا في صفته أو في جنسه وينبغي ما لم يزد خلع المثل على دعواهم جميعا إلا رجع لقول القائل بالأكثر وهو عشرة وما لم ينقص عن دعوى أقلهما وإلا رجع للأقل وهو ثمانية في المثال. اهـ.

الحكمين إذا اختلفا في جنس الخلع كأن يقول أحدهما: خالعناه بفرس والآخر يقول: بثوب. أو اختلفا في نوعه كدعوى أحدهما أنه بذهب والآخر بفضه. أو صفته كثوب هروي أو مروي. أو في قدره كعشرة وخمسة عشر. فإنه يلزم في ذلك خلع المثل إلا إن يزيد خلع المثل على دعواهما جميعا أو ينقص عن دعوى أقلهما فيقع الخلع بقول أقربهما لخلع المثل، فإذا قال أحدهما بعشرة وقال الآخر بخمسة عشر وخلع المثل عشرين، فأقرب القولين لخلع المثل الخمسة عشر فتلزم الزوجة ويقع الطلاق، وإن كان خلع المثل في هذا المثال الخمسة عشر فتلزم العشرة؛ لأنها أقرب لخلع المثل من الخمسة عشر.

• ص:

ولها التطليق بثبوت الضرر وإن لم يتكرر.

• ش:

يعني: أن للزوجة ولو سفيهة أو صغيرة التطليق على الزوج بثبوت الضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق، وكوطئها في دبرها، وليس من الضرر منعها من حمام وفرجة[1]، وتأديبها على ترك الصلاة أو تسر أو تزوج عليها ومتى ثبت أصل الضرر طلقت عليه ولو لم يتكرر منه الضرر ولها اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم ولو سفيهة أو صغيرة ولا كلام لوليها في ذلك.

وما تقدم من أنه إذا تعدى عليها زجره الحاكم فهو فيما إذا اختارت البقاء معه.

وقوله هنا: (ولها التطليق) أي: إذا اختارت الفراق وهل يطلق عليه الحاكم أو

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وفرجة) أي: ونزاهات. اهـ.

فرع: ليس للزوج منعها من التجر والبيع والشراء حيث كانت لا تخرج ولا تخلو بأجنبي ولا يخشى عليها الفساد بذلك ولي له غلق الباب عليها وإن حلف ليضربها لا يجبر على الضرب الذي لم توجبه ولا يعول على ما ذكره بعضهم من الجبر. اهـ.

يأمرها به ثم يحكم في ذلك؟ قولان وفي البدر أن الضرر لا يثبت إلا بعدلين فلا يكفي رجل وامرأتان ولا أحدهما مع يمين فجعله كالتعاذير والقصاص؛ لأنه من باب العقوبات وإقرار الزوج المكلف يثبت به الضرر كشهادة العدلين.

قال «خ»: ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها[1] وضربها ضربا مؤلما وإنما كان لها التطليق بالضرر لخبر: (لا ضرر ولا ضرار)[2].

وطلاقها طلقة واحدة بائنة فإن أوقعت أكثر فلا يلزمه ما زاد.

***

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وجهه عنها) أي: في الفراش. اهـ.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠).

[وصل في الخلع وما يتعلق به من الأحكام]

ولما فرغ من أركان النكاح وما يتعلق به شرع يتكلم على الطلاق، وبدأ من أنواعه بالخلع[١] لتقدم ذكره في النشوز ولقلة الكلام عليه فقال:

● ص:

وصل.

● ش:

في الكلام على الخلع وما يتعلق به من الأحكام، ومعناه لغة الإزالة والإبانة من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه وخلع الرجل امرأته وخالعها إذا افتدت منه فطلقها وأبانها من نفسه وسمي ذلك الفراق خلعا؛ لأن الله جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فإذا افتدت منه بمال تعطيه له لبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه وخلع كل منها لباس صاحبه[٢].

وشرعًا: طلاق بعوض[٣] والطلاق لغة الإرسال[٤] وإزالة القيد كيف كان[٥]، وشرعًا: إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ ما مع نية فاستعمله أهل الشرع في إرسال العصمة لأن الزوجة تزول من الزوج فكأنه أطلقها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الخلع) أركانه خمسة القابل والموجب والعوض والمعوض والصيغة فالقابل الملتزم للعوض والموجب زوج أو ولي صغير. والعوض الشيء المخالع به والمعوض خلع الزوجة والصيغة: خالعتك. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لباس صاحبه) الإضافة للبيان. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بعوض) يرد على هذا التعريف أنه لا يدخل فيه لفظ الخلع بدون عوض والجواب: أن يقال: إن هذا تعريف لأحد نوعي الخلع وترك تعريف النوع الآخر لكونه بديهي. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الإرسال) يقال: أطلقت الناقة للمرعى أرسلتها. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كيف كان) أي: من أي نوع كان من ليف أو حلفاء أو جلد أو حديد يقال: أطلقت المسجون؛ أي: أزلت القيد منه ويحتمل أن المراد بقوله: كيف كان؛ أي: ذلك القيد. اهـ.

من وثائق ولذا تقول هي في حبالك[١] إذا كانت تحتك.

وعرفه ابن عرفة بقوله: صفة حكمية ترفع عليه متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها[٢] مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها[٣] عليه قبل زوج.

وقوله: (موجبا) نصب على الحال إما من ضمير (ترفع) أو من المبتدأ أو في بعض النسخ بالرفع صفة للصفة جرت على غير من هي له.

وابتدأ بحكمه فقال:

● **ص:**

الخلع جائز.

● **ش:**

يعني: أن الخلع بضم الخاء على المشهور حكمها الجواز؛ يعني: أنه جائز[٤] من حيث خصوصه وهو العوض فليس فيه كراهة زائدة على الكراهة العامة في أبغضية الطلاق وكرهه ابن القصار أي: أثبت فيه كراهة زائدة على أبغضية مطلق الطلاق.

والخلع نوعان:

الأول: وهو الغالب: ما كان في نظير عوض منها أو من غيرها قل العوض أو كثر ولو زاد على أضعاف الصداق.

والثاني: ما وقع بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء كأن يقول لها: خالعتك أو أنت مخالعة وهو بنوعيه طلاق بائن لا فسخ سواء حكم به حاكم أو لا، كما أشار لذلك بقوله:

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (هي في حبالك) كأنها مقيدة بحبالك الحسية وأراد بها الوثاق من العصمة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تكررها) أي: تكرر ما نشأت عنه الذي هو التلفظ باللفظ المذكور. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تكررها) فاعل لقوله: موجبا وقوله: حرمتها مفعول به. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (جائز) أي: الجواز مستوي الطرفين على المشهور؛ أي: فعله وتركه سيان لأن الجائز إذا أطلق في الأصول ينصرف إلى الجائز المستوي... إلخ؛ فلا يقال: الجائز يصدق على المكروه. اهـ.

● ص:

وهو طلاق.

● ش:

يعني: أن الخلع سواء كان بعوض أو بلفظ الخلع بلا عوض حكمه أنه طلاق بائن لا فسخ خلافا لمن زعم ذلك ولا رجعي فلا تحل له إلا بعقد جديد بشروطه المتقدمه.

ولو قال الزوج حين دفع العوض[1] أو حين تلفظ بالخلع: طلقة رجعية. فلا يفيده ذلك ويقع بائنا ومن لوازم البينونة سقوط النفقة والإرث.

● ص:

وله إن شتمته إن يؤذيها لتفتدي منه لا إن زنت.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا شتمت زوجها أي: سبته أو منعته الاستمتاع أو خرجت بلا إذنه أو تركت الصلاة أو الصوم أو غسل الجنابة ونحو ذلك مما لا يجوز شرعا فإنه يجوز لزوجها أن يؤذيها على ذلك بهجر أو ضرب أو تقصير في نفقة لتفتدي منه بصداقها أو بمال من عندها ويحل له ما أخذه منها أما إذا أذنت فليس له أن يؤذيها لتفتدي منه ولا يحل له ما أخذه منها ولكن يندب له فراقها.

● ص:

وإن خالع محجورا عليها نظر الولي.

● ش:

فاعل (خالع) ضمير يعود على الزوج و(محجورا عليها) مفعوله؛ يعني: أنه يشترط في جواز الخلع ونفوذه أن يكون دافعه من زوجة أو غيرها أهلا للتبرع وهو الحر البالغ الرشيد فإذا خالع الزوج زوجته المحجور عليها لصغر أو سفه أو رق فإنه ينظر وليها من أب أو سيد أو وصي بالمصلحة في الإمضاء والرد فإن أمضاه مضى ووقع الطلاق وإن رده فإن الزوج يرد المال الذي أخذه منها وبانت منه كما يأتي.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بعوض) أي: فهو في هذه الصورة من باب المعاوضات. اهـ.

وإن لم يكن قبضه منها سقط عنها فإذا راجعها ظنا منه أنه رجعي أو قلد من يرى أنه رجعي فإنه يفرق بينهما ولو بعد الوطء ويكون الوطء وطء شبهة إن لم يحكم به حاكم يراه رجعيا.

وفي هذا دليل على أن حكم الحاكم يحل الحرام وهو المعتمد ومحل البينونة ما لم يقل الزوج: إن تم لي هذا المال أو إن صحت براءتك فأنت طالق.

فإن قال ذلك ورد وليها المال لم يقع عليه الطلاق كما يأتي بخلاف ما إذا قاله بعد صدور الطلاق أو قاله لحرة رشيدة؛ لأنه بمجرد وقوعه من الرشيدة صحة البراءة وتم له ولزمها وليس لها رجوع فيه فقول العوام للرشيدة: إن صحت براءتك فأنت طالق. لا يفيد شيئا؛ لأن براءتها صحيحة.

● ص:

وتعين رد كثير المكاتبة ووقف يسيرها.

● ش:

يعني: أن الزوجة المكاتبة إذا خالعت زوجها بمال كثير فإنه يتعين من جهة الشارع رده ولو أذن سيدها؛ لأنه مظنة عجزها فإن خالعته بمال يسير وقف إلى أن تؤدي ما عليها وتخرج حرة فإن عجزت فالنظر لسيدها ومحل وقفه إن كان بغير إذن سيده فإن أذن لها سيدها فيه مضى.

ثم شبه بالوقف قوله:

● ص:

كخلع مدبرة المريض وأم لده.

● ش:

يعني: أن مدبرة السيد المريض أو أم ولده إذا خالعت زوجها في مرض سيدها بغير إذنه فإنه يوقف خلعها أي: المال الذي خالعا به الزوج لموت السيد أو صحته فإن مات السيد صح الخلع في أم الولد كالمدبرة إن حملها الثلث وإن صح من مرضه بطل المال إن رده وله الإمضاء فيهما.

● ص:

ومضى ممن قرب أجلها.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا كانت معتقة لأجل وخالعت زوجها بغير إذن سيدها فإنه يمضي خلعها إذا قرب أجلها؛ لأنه إذا قرب الأجل لم يكن للسيد انتزاع مالها.

ومفهومه: أنه إذا كان الأجل بعيدا لا يمضي خلعها إذا رده السيد؛ لأن له انتزاعه مع بعد الأجل وكذا يمضي خلع المبعضة إذا خالعت زوجها مما ملكته ببعضها الحر؛ لأنه ليس للسيد انتزاعه منها وأما التي للسيد انتزاع مالها وهي القن إذا خالعت بغير إذن السيد فإن له رده وبانت ولا تتبع به إن عتقت.

● ص:

وبانت إن لم يقل، إن صح إبراؤك.

● ش:

هذا عطف على قوله: (نظر الولي) والمعنى أن الزوج إذا خالع زوجته المحجور عليها لصغر أو رق أو سفه فإنه ينظر وليها وبانت منه على كل حال ولو رد المال إن لم يقل: إن صح إبراؤك فأنت طالق أو مختلعة. فإن قال ذلك ورد لها المال لرد الولي فعلها فلا يقع عليه الطلاق؛ لأنه علقه على أمر لم يتم أما إن قاله بعد صدور الطلاق فلا يفيد شيئا فيقع عليه الطلاق ويرد المال ومثل: إن صح إبراؤك. إن تم لي هذا المال لغو في المالكة أمر نفسها[1] ولا رجوع لها في الإبراء لأن إبراءها صحيح.

● ص:

وجاز من الغير من ماله أو مالها بإذنها.

● ش:

يعني: أنه يجوز الخلع من غير الزوجة ولو أجنبيا منها وبغير إذنها إذا دفع الغير

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (المالكة لأمر نفسها... إلخ) أي: الرشيدة فلو قال للرشيدة: إن تم لي هذ المال أو إن صحت براؤتك فأنت طالق. فقالت: ابرأتك أو أبرأك الله فقد تم الخلع ولا رجوع لها؛ لأن بمجرد وقوع الإبراء من الرشيدة صحت البراءة. اهـ.

العوض من ماله وظاهر المشهور ولو قصد الغير بالخلع والبينونة إسقاط نفقتها في العدة وقيل: يعامل بنقيض قصده في ذلك فلا تلزم البينونة ويقع الطلاق رجعيا ويرد العوض وقيل: يرد العوض وعليه النفقة والطلاق بائن وكله خلاف المشهور كما في «حش».

ومتى التزم رشيد مالا للزوج لأجل أن يطلق ففعل لزم المال لمن التزمه.

قال فيها: من قال لرجل: طلق امرأتك ولك ألف درهم ففعل لزم ذلك الرجل. اهـ.

وفاعل (جاز) ضمير يعود على الخلع.

وقوله:و (مالها) عطف على ماله وكذا يجوز خلع الغير عن الزوجة من مالها إن أذنت له في ذلك وهي رشيدة لا إن لم تأذن فلا يجوز ولا يلزمها بذله إلا إذا كان الغير المخالع عنها مجبرا فيجوز كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كبغيره للمجبر.

● ش:

أي: كما يجوز الخلع عنها من مالها بغير إذنها للمجبر من أب أو سيد بل والوصي فالتشبيه في جواز الخلع من مالها والضمير في (غيره) لإذنها؛ يعني أن المجبر أبا أو سيدا أو وصيا يجوز له الخلع عن المجبرة من مالها ولو بجميع مهرها بغير إذنها وهذا ظاهر قبل الدخول وكذا بعده في السيد مطلقا وفي الأب والوصي إذا كانت بحيث لو تأيمت بطلاق أو موت كانت مجبرة لصغر أو جنون وجعلنا المجبر شاملا للوصي تبعا لـ«الش» و«دك» و«خ».

لكن نص المدونة أنه لا يجوز خلع الوصي عن البكر إلا برضاها لقوله فيها: (يجوز خلع الوصي عن البكر برضاها) فقول الأصل: بخلاف الوصي أي: فإنه لا يجوز خلعه عنها بغير رضاها صحيح واعتراض الشراح عليه غير مسلم كما يفيده «دص».

ولعل كلام الأصل والمدونة في وصي ليس له الجبر وكلام الشراح في وصي له الجبر فالخلاف لفظي فتدبر.

● ص:

وفي السفيهة خلاف.

● ش:

يعني: أن السفيهة ذات الأب الثيب البالغ(١) فيها خلاف(٢) فقيل كالمجبرة يجوز للأب أن يخالع عنها من مالها بغير إذنها كما هو الموضوع قبله. وقيل: ليست كالمجبرة فليس له ذلك إلا برضاها. وظاهر كلام التوضيح أنه الراجح وأما برضاها أو من مال الأب فجائز قطعا لكن تعقب ذلك بأنه غذن السفيهة كالعدم ومقتضى القواعد النظر للأصلح.

● ص:

وبالغرر كجنين ولا شيء له إن ظهر عدمه.

● ش:

الغرر معناه: الخطر والتردد بين امرين أحدهما يوافق الغرض والآخر لا يوافق؛ يعني أنه لا يجوز الخلع بما فيه غرر كان يخالعه بجنين في بطن حيوان تملكه فإن كان في ملك غيرها أو ظهر عدم الحمل أو انغش أو ولدته ميتا فلا شيء له؛ لأنه داخل على ذلك وبانت منه ومثل الجنين العبد الآبق والبعير الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها.

● ص:

وبغير موصوف وله الغالب أو الوسط.

● ش:

يعني: أنه يجوز الخلع بشيء غير موصوف كعبد أو ثوب أو بعير(٣) غير موصوف

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الثيب البالغ) أي: الثيب الكبيرة والحال أنه مولي عليها للأب؛ لأن هذا محل الخلاف. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (خلاف) فبعضهم قال: لا يجوز ذلك إلا بإذنها وبعضهم قال بالجواز ورأى أنها بمنزلة البكر مادامت في ولاية الأب واختلف في خلع الوصي عن السفيهة برضاها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو بعير) أي: أو حيوان كبعير أو جاموسة أو بقرة أو غير ذلك. اهـ.

وله الصنف الغالب وجوده من أصناف العبيد أو الثياب أو الإبل فإن لم يكن غالب فله عليها الصنف الوسط؛ يعني: الجيد والرديء من جنس ما خالعت به لا الوسط مما يخالع به الناس وكذا يجوز الخلع بالمؤجل لأجل مجهول كقدوم زيد أو وقت الميسرة.

● ص:

وبأن كنت حاملا فعلي نفقتي.

● ش:

أي: وجاز الخلع بقول الزوجة: إن كنت حاملا فعلي نفقتي مدة الحمل. وأولى يجوز إن كان الحمل ظاهرا وإذا خالعها على النفقة مدة حملها الظاهر فأنفش حملها فلا يرجع عليها بشيء والطلاق بائن فإن أعسرت أنفق هو عليها ويرجع عليها إن أيسرت.

فقوله: (إن كنت) بضم التاء من كنت ضمير المتكلم وهو الزوجة.

● ص:

وبإسقاط حضانتها له.

● ش:

يعني: أنه يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على أن تسقط حضانة ولدها للأب فإذا خالعته على ذلك سقط حقها من الحضانة وتنتقل الحضانة للأب إلا لمن يلي الأم في الحضانة هذا هو المشهور؛ لأنه طلقها في نظير إسقاط حضانتها له.

وقيل: تصير الأم كالعدم وتنتقل الحضانة لمن يليها كأن مات الأب إلا أن تكون الأم حية فلها على الظاهر وأما إن ماتت الأم في حياة الأب فنظر هل تعود لمن يليها كمن أسقط حقه في وقف فيختص الإسقاط بمدة استحقاقه ويبطل بانتقاله لمن بعده أو تستمر له؛ لأنه أخذها بوجه جائز فصار كأنه هو نفس الأم وحياته كحياتها. أفاده «حش».

ثم إن المشهور مقيد بأن لا يخشى على المخصون ضرر بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الأب غير حصين أو بأن لا يكون الأب على صفة من لا يستحق

الحضانة لمانع قام به وإلا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقا ويقع الطلاق.

تنبيه:

من أسقط حقه في الحضانة إلى من هو في ثالث درجة فهل يكون للثاني القيام أو لا؟ خلاف.

● **ص:**

ومع كالبيع.

● **ش:**

يعني: أنه يجوز اجتماع الخلع مع البيع في عقد واحد كأن تدفع له عبدا على أن تأخذ[1] منه عشرة وأدخل بالكاف الإجارة والشركة والجعل والصرف والمساقاة والقرض والقراض: وهي العقود التي يمنع اجتماعها مع النكاح. وأما النكاح فلا يجوز اجتماعه مع الخلع على الظاهر كأن يخالع أبوها زوجها على أن يزوجه ابنته الأخرى وكذا لا يجوز اجتماع البيع لتنافي الأحكام بين البابين لبناء الأول على المشاحة والثاني على المسامحة.

● **ص:**

فإن اجتمعا في كآبق رد البيع فقط.

● **ش:**

تقدم أنه يجوز اجتماع الخلع مع البيع فإذا اجتمعا في عقد واحد وكان في البيع وصف يوجب منع بيعه كالآبق والشارد ونحو ذلك[2] مما يمتنع بيعه فإنه يرد البيع فقط ويتم الخلع ثم إن عينا شيئا فبحسب ما عيناه كأن أعطاها ثلاثين درهما في

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على أن تأخذ منه عشرة) أي: ويخلعها يعني: أنها دفعت له عبدا يساوي عشرين على أن تأخذ منه عشرة ويخالعها فيكون العبد نصفه في مقابلة العشرة وهو بيع ونصفه في مقابلة العصمة وهو خلع سواء كانت قيمة العبد تزيد على ما دفعه الزوج من الدراهم أو تساوي أو تنقص على الراجح من وقوع الطلاق بائنا؛ لأنه طلاق قارنه عوض في الجملة لا رجعيا كمن طلق وأعطى خلافا لبعضهم. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ونحو ذلك) كالجنين والثمرة التي لم يبد صلاحها والطير في الهواء ونحو ذلك. اهـ.

نظير ثلث عبدها الآبق وطلقها في نظير ثلثيه فترد له الثلاثين الواقعة في نظير ثلث العبد ويكون لها ثلث العبد وللزوج الثلثان اللذان في نظير العصمة وغن لم يعينا شيئا للبيع والخلع بأن وقع ذلك مجملا فإنه يجعل للبيع النصف ويرد للخلع النصف ويمضي ولا ينظر لقيمة العبد كما في «عب» وغيره.

مثاله: أن تخالعه على عبدها الآبق وتأخذ منه عشرة ولم يعينا أن العشرة لها الثلث أو النصف أو غير ذلك فإننا نجعل نصف الآبق في مقابل العشرة التي أخذتها منه ونصفه الآخر في مقابلة العصمة فما قابل العشرة بيع فاسد فتزد له العشرة ولها نصف العبد وما قابل العصمة خلع صيح يملكه الزوج في نظير العصمة فيصير لكل منهما نصف العبد وبانت منه.

ومعنى النظر لقيمة العبد أننا ننسب الثلاثين في المثال السابق لقيمته فإن كانت الربع رد ربعه وإن كانت الثلث رد ثلثه وهكذا ولكن هذا لا يعتبر كما تقدم بل العبرة بالتسمية والتعيين وإلا فالنصف فإن كان العبد الآبق للزوج فأعطته ثلاثين في نظير العبد والعصمة رد لها نصف الثلاثين وعبده له فإن عينا للعبد شيئا فبحسبه وتعبير «المص» أوضح من قول الأصل: وردت لكآبق العبد معه نصفه.

● ص:

وعجل مجهول الأجل.

● ش:

يعني: أنها إذا خالعت زوجها بمال مؤجل لأجل مجهول فإنها تعجله[1] له فيأخذه منها حالا والخلع صحيح وقيل: تعجل له قيمته بأن تقوم العين بعرض ثم العرض بعين حالة تدفعها له لكن القول بتقويمه مشكل؛ لأن الأجل مجهول.

تنبيه:

من فروع المقام إن يطلقها على أنها إن تزوجت بغيره أعطته مائة دينار مثلا فتعجل له المائة وتتزوج حيث شاءت وكذا إذا طلقها على أن تدفع له مائة إذا قدم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنها تعجله) وذلك أن المال في نفسه حلال وكونه لأجل مجهول حرام فيبطل الحرام ويعجل. اهـ.

زيد ولا يدري هل يقدم أو متى فإنها تعجل المائة.

● ص:

وغرمت إلا لشرط بدل دراهم رديئة وعبد استحق إلا أن تعلم في المعين فلا طلاق ومتى علم بانت ولا شيء له.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا خالعت زوجها على دراهم ودفعتها له ثم ظهر أنها رديئة فإنها تغرم له بدلها جيدة إلا إذا اشترطت عليه عدم رد الرديء فليس له رده عملا بالشرط وكذا لو قالت له: خذها دون تقليب أو قالت: لا أعرف الدراهم إن كانت زيوفا فليس له الرد ولا مفهوم للدراهم.

فلو قال: وغرمت بدل رديء خولع به لشمل الدراهم وغيرها وإذا خالعته على عبد معين أو موصوف فاستحق من يده بملك أو حرية فإنها تغرم له بدله وبدله هو مثل الموصوف وقيمة المعين وهذا حيث لم يعلما بأنه ملك للغير أو حر فإن علمت الزوجة فقط فلا طلاق يقع على الزوج إذا كان العبد معينا؛ لأنها خالعته بما لا شبهة لها فيه كما قال: (إلا إن تعلم في المعين).

ومفهومه: أنها إذا علمت في غير المعين وهو الموصوف ترد البدل ويقع الطلاق وأما إن علم الزوج سواء علمت هي أو لا فإنها تبين منه ولا شيء له عليها فتحصل أن الصور أربع:

- علمهما معا بأنه حر أو ملك للغير فتبين منه ولا شيء له لا فرق بين المعين وغيره.
- علمه فقط.
- كذلك علمها فقط فلا طلاق على الزوج إن كان معينا فإن كان غير معين رجع عليها ببدله ووقع الطلاق.
- عدم علمهما معا وهذه ترد فيها بدل الموصوف وقيمة المعين والطلاق نافذ.

وظاهره أن قوله: (إلا لشرط) يعتبر حتى في العبد وهو كذلك. ولا مفهوم للعبد بل العبد وغيره كبقية الحيوان والعروض كذلك في هذه التفصيل.

● ص:

كخمر وخنزير.

● ش:

هذا مشبه بما قبله في أنه لا شيء للزوج والطلاق واقع؛ يعني: أنها إذا خالعته بما لا تملك شرعا كالخمر والخنزير والكلب والحر ولو مع حلال كخمر وثوب أو خنزير وشاة فإنه يقع الطلاق بائنا ولا شيء للزوج على الزوجة في نظير الحرام كلا أو بعضا فيرد لها الحلال ويراق الخمر[(١)] ويقتل الخنزير. وقيل: يصرح.

وقولنا: (ولو مع حلال) في «الش» ودفع به ما يتوهم من أن الحرام إذا صاحب الحلال يعوض بشيء بدل الحرام من جنس الحلال وليس كذلك. ولم يذكر ما في الأصل وهو ما إذا خالعته بمغصوب ونحوه كالمسروق[(٢)] لأنه علم من مسألة استحقاق العبد.

فالتفصيل الذي سبق فيها يعتبر في المغصوب وغيره.

● ص:

وإخراجها زمن العدة من المنزل.

● ش:

عطف على خمر؛ يعني: أن الزوج إذا خالع زوجته على إخراجها زمن العدة من المنزل الذي طلقها فيه بانت منه ولا شيء له عليها وترد إلى المنزل إن خرجت؛ لأنه حق لله تعالى فلا يجوز لأحد إسقاطه أما إذا خالعها على أن تحمل أجرة المنزل زمن العدة فذلك جائز وتدفع الأجرة من مالها.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويراق الخمر) أي: ولا تكسر أوانيه؛ لأنها تطهر بالجفاف ولأنها مال لمسلم. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كالمسروق) أي: أنه لا يلزم الزوجة للزوج شيء في نظير كلا أو بعضا سواء كانت حرمته أصلية كالخمر أو الخنزير أو عارضة كالمسروق والمغصوب إذا كان الزوج عالما بالحرمة علمت هي أيضا أم لا أما لو علمت هي فقط فلا يلزمه الخلع وإن جهلا الحرمة ففي الخمر لا يلزمها شيء وأما المغصوب والمسروق فكالمستحق يرجع عليها بقيمته إن كان معينا وبمثله إن كان موصوفا. اهـ.

● **ص:**

وتسلفه.

● **ش:**

عطف على خمر أيضا؛ يعني: أنه إذا خالعها على أن تسلفه مائة من مالها فإنها تبين منه ولا شيء له عليها هذا إذا كان تسلفه منها حقيقة بل ولو حكما كتأخيرها دينا لها في ذمته بعد حل أجله وإنما يجز ذلك؛ لأنه سلف منها جر لها نفعا وهو العصمة ويرد الدين لأصله من الحلول كما هو مفاد التشبيه في قوله: (بانت ولا شيء له) فإنه سار في جميع المعاطيف.

والحاصل: أنها إذا خالعت زوجها على أن تسلفه ابتداء أو تؤخر دينها الذي عليه فإنها تبين منه ولا شيء له عليها في الأولى وتأخذ الدين منه حالا في الثانية.

وكذا لا يجوز أن تخالعه على تعجيل دين له عليها؛ لأن من عجل ما أخر يعد مسلفا كمن أخر ما عجل فإذا عجلت له دينه المؤخر فكأنها سلفته وهذا السلف جر لها نفعا وهو العصمة فيقع الطلاق ويبقى الدين لأجله.

● **ص:**

وتعجيل مالها عليه وهل إلا أن يجب قبوله خلاف.

● **ش:**

عطف على ما سبق أيضا؛ يعني: أن الزوجة إذا كان لها على زوجها دين مؤجل إلى أجل فخالعته على أن يعجل لها دينها المؤجل فإنه يمتنع لما فيه من حط الضمان وأزيدك؛ لأنها حطت عنه الضمان على أن زادها العصمة فتبين منه ويبقى الدين لأجله فترد ما عجله لها وهل منع ذلك مطلقا سواء كان هذا الدين لا يجب عليها قبوله قبل أجله كالطعام والعرض من بيع لما فيه من حط الضمان وأزيدك كما سبق أو كان يجب عليها قبوله قبل أجله وهو العين مطلقا والطعام والعرض من قرض؛ لأن من عجل ما أجل عد مسلفا وقد انتفع بإسقاط النفقة عنه في العدة أو انتفع بإسقاط سوء الخصومات(١) وسوء الإقضاءات عن نفسه أي: لاحتمال عشرة

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (سوء الخصومات) أي: الخصومات التي قد تترتب على التأخير. اهـ.

عـند الأجل فيؤدي إلى ذلك أو محل منع ذلك في الـدين الذي لا يجب عليها قبوله قبل أجله أما إذا كـان يجب عليها قـبوله قبل أجله فلا يمنع ولا يـرد الدين إلى أجله ويكون الطلاق رجعيا؛ لأنه كمن طلق في ذلك خلاف أظهره الثاني لأن الأجل فيما يجب قبوله قـبل أجله حق لمن عليه الديـن فإذا عجله لا يعد مسـلفا عند أهل العلم ودفع سوء الخصومات في قدرته أيضا إذ لـو عجله لوجب عليها قبوله وإسقاط نفقة العـدة في قدرته أيضـا بأن يطلقهـا بلفظ الخلع فجـميع العلل الذي علل بـها القائل بالمنع فيما وجب قبوله كلها منتفية.

والـحاصل: أنه إذا خالعها بتعجيل مالها عليه من الدين فإنه يمنع وتبين منه ويرد الدين إلى أجله وهل ذلك مطلـقا كان الدين ممـا يجب قبوله قبل أجله أو لا؟ أو إلا أن يجب قـبولـه فلا يمنع ويكـون الطلاق رجعيـا ولا ترد له مـا عجله لهـا في ذلك خـلاف والأظهر الثـاني؛ لأن الأجل حق له فلا يعـد مسلفـا وإذا لم يعد مـسلفا فلا يقال: إنه انتفع بـدفع سوء الخصـومات ولا بإسقـاط النفقة؛ لأنه قـادر على تعجيله وقادر على إسقاط النفقة بالطلاق بائنا.

● ص:

أو لفظ به بلا عوض أو شرط معه الرجعة[1].

● ش:

عطف على ما سبق ممـا يلزم فيه البينونـة والضمير في (به) للخلع أي: وكذا يقع الطلاق بائنا إذا لفظ الزوج بالخلع بلا عوض فأولى إذا لفظ به مع عوض تم أو لا.

ويجري مجرى الخلع ما شابهه كالمبـارأة والمفاداة فإذا قال لها: أنت مخالعة أو مختلعة أو أنت مبارأة أو مفـاداة فإنه يقع عليه الطلاق بائـنا سواء كان بعوض أو لا. تم العوض أو لا.

إلا صورة واحدة قالها في الجواهر وهي: لو قال لها: إن أعطيتيني هذا وأشار لحر وهو يعلم أنه حر فأعطته له فإن الطلاق رجعي وكذا يقع الطلاق بائنا إذا شرط الزوج مع العوض أو مع لفظ الخلع أنها طلقة رجعية فتبين منه ولا ينفع هذا الشرط.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (معه الرجعة) أي: بأن قال: خالعتك ولي عليك الرجعة. اهـ.

وقولنا: (يجري مجرى الخلع... إلخ) هو معنى ما في «الش» لكن يستثنى منه الواحدة البائنة لما سيأتي من أنه إذا قصدها بأي لفظ كان فهي ثلاث.

● **ص:**

أو دفعت مالا في العدة فتبين بثانية ولو لم ينطق.

● **ش:**

يعني: أن المطلقة رجعية إذا دفعت لزوجها مالا في العدة على البينونة وعدم الرجعة فقبل ذلك منها فإنها تبين منه بطلقة ثانية على الأرجح سواء نطق بلفظ القبول أو الطلاق حيث أخذ المال منها أو لم ينطق فتكفي المعاطاة والقبول بلا لفظ؛ لأن ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على القبول أو على الطلاق ينزل منزلته وما مشى عليه «المص» من أنها تبين بطلقة ثانية هو قول مالك ورجحوه؛ لأن الطلاق الأول مضى بحكمه فلا تتغير صفته.

وقيل: يتغلب الأول بائنا ولا يلزمه طلقة ثانية. وقال أشهب: إن شاء راجعها ورد له المال.

● **ص:**

أو زوجها أو باعها على الأحسن.

● **ش:**

عطف على ما تلزم فيه البينونة أيضا؛ يعني: أن الزوج إذا باع زوجته أو زوجها لغيره أو شارك فيها في زمن مجاعة أو غيره فإنها تطلق عليه بائنا ولو وقع منه ذلك هزلا وينكل نكالا شديدا ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف توبته وصلاحه لئلا يعود إلى ذلك ثانية.

وفي «بن»: لا يلزم الطلاق إذا باعها أو زوجها هازلا ويحلف أنه قصد الهزل ولو علم أنه يلزم به طلاق ما فعله ويؤيد ذلك قول المستيطي.

قال ابن القاسم: من باع امرأته أو زوجها هازلا فلا شيء عليه ومثله في العتيبة فقولهم: يلزم الطلاق ولو هازلا ضعيف.

قال «حش»: وينبغي على ما في «بن» أن بيعها لمجاعة مثل الهزل أو أولى لشبهه

بالإكراه وكذا لا شيء عليه إذا باعها غير عالم بأنها امرأته وأما لو باع أجنبية ظانا أنها زوجته فانظر هل يؤخذ بقصده أو لا.

وأما جهل الحكم فقال شيخنا: لا يعذر به ويؤدب فاعل ذلك وأما إذا أجر الزوج زوجته أو ساوم عليها للبيع فاستظهر «الش» عدم لزوم الطلاق وأما إذا باعها أحد غيره أو زوجها أو شارك فيها بحضرته وهو ساكت فهل يلزمه الطلاق أو لا خلاف.

أما لو بادر بالإنكار لم ثبن منه.

قال«الش»: ومما استثقله قول العامة: جارتك فعلت كذا كناية عن زوجة القائل ولزوم الطلاق بالبيع أو التزويج هو الأحسن من القولين واختيار اللخمي عدم اللزوم بهما ضعيف.

● **ص:**

وكل طلاق حكم به فهو بائن لغير إيلاء وعسر نفقة.

● **ش:**

قوله: (به)أي: حكم بإنشائه فالباء للتصوير أي: حكما مصورا بإنشائه أي: بإنشاء الحاكم سواء طلق هو أو الزوجة أما لو أنشأه الزوج من نفسه ثم رفع للحاكم فحكم عليه بلزومه فيبقى على أصله[1] من كونه[2] رجعيا أو بائنا وما ذكره «المص» هو قاعدة في المذهب وهو أن كل طلاق حكم بإنشائه الحاكم فهو بائن إذا حكم به لغير إيلاء وعسر بالنفقة أما إذا حكم به لإيلاء أوعسر بنفقة فهو رجعي كما يأتي ولو قال «المص»: وعدم نفقة بدل عسر نفقة لشمل من غاب موسرا ولم يترك عنده مالا تنفق منه ولم تجد مسلفا فطلقها الحاكم عليه وقدم في العدة فله رجعتها وغير الإيلاء والعسر بالنفقة كالإضرار والفقد والأسر وإسلام أحد الزوجين فإذا حكم

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على أصله) فإذا طلق زيد زوجته وادعى أنه مجنون وشهدت البينة أنه كان عاقلا فحكم بصحة الطلاق أو قيل له: طلاق السفيه غير لازم مثل نكاحه فحكم بلزومه فذلك الطلاق باق على أصله من رجعي أو بائن. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (من كونه رجعيا) أي: ولو جبره القاضي على إيقاعه وحكم ببينونته بأن قال: حكمت بأنه بائن. اهـ.

بالطلاق لشيء من ذلك كان بائنا.

ولما أنهى الكلام على أسباب البينونة أخرج منها قوله:

● **ص:**

لا إن شرط نفي الرجعة.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا أطلق زوجته طلاقا رجعيا وشرط هو أو الزوجة أو غيرهما نفي الرجعة فإنها لا تنتفي بل يستمر رجعيا ولا تبين منه ومحل ذلك إذا كان طلاقه بغير عوض وبغير لفظ كخلع أو فداء أو مبارأة ونحو ذلك من أسباب البينونة السابقة وغلا فهو بائن من أصله لا يحتاج لشرط نفي الرجعة.

و(شرط) مبني للمجهول ليشمل شرط الزوج وشرط غيره.

تنبيه:

قوله: (أو شرط نفي الرجعة منه) ما إذا قال: أنت طالق طلقة لا رجعة فيها فإنه يستمر رجعيا؛ لأنه أثبت الرجعة بأول لفظه فلا يسقط ما وجب له بقوله: لا رجعة فيها[1] ومنه ما إذا قال: أنت طالق طلقة تملكين بها نفسك[2] وقيل: إنه بائن وقيل: ثلاث[3] ومحل ذلك ما لم يقل: طلاقا تملكين به نفسك وإلا فهو ثلاث باتفاق فلو زاد على تملكين... إلخ، لا رجعة لي عليكي فهو بائن كما في المعيار وإذا نوى بقوله: طلقة تملكين بها نفسكي الواحدة البائنة لزمه الثلاث كما يأتي.

● **ص:**

أو طلق وأعطى أو صالح ولو قصد الخلع بلا لفظ.

● **ش:**

عطف على شرط نفي الرجعة أي: ولا يكون بائنا إذا طلق وأعطى أو صالح؛ يعني: أن من طلق زوجته طلاقا رجعيا وأعطاها مالا من عنده فليس بخلع بل رجعي

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا رجعة فيها) أو لا رجعة بعدها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بها نفسك) أي: فهو رجعي. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وقيل: ثلاث) ضعيف. اهـ.

على المعتمد ولو قصد بذلك[1] الخلع بغير لفظ؛ لأنه بمنزلة من طلق زوجته وأعطى له المتعة.

وكذا إذا أطلقها وصالحها فإن الطلاق يكون رجعيا ولو قصد بذلك الخلع إذا لم يتلفظ به وصورتها: إن لها عليه عشرة فأخذت منه خمسة وتركت له خمسة هبة ثم طلقها فإنه والحالة هذه يقع الطلاق رجعيا؛ لأن ما تركته من دينها لا في مقابلة العصمة وما أخذته فهو صلح عن بعض دينها.

وقيل: بائن نظرا إلى إن المتروك في مقابلة العصمة.

وقوله: (ولو قصد الخلع بلا لفظ) مفهومه: أنه إذا تلفظ بالخلع ونحوه كالمبارأة والمفاداة يكون الطلاق بائنا قطعا وما قدمنا من أن المصالحة عن دين على الزوج هو ما عليه بعض شراح الأصل وقال بعضهم: ليس المراد أن لها دينا عليه صالحها على إسقاط بعضه وإلا كان بائنا قطعا بل المراد أنه وقع بينه وبينها صلح بوجه ما إما لكون الدين عليها أو لها عليه قصاص.

● **ص:**

وإنما يلزم بطلاق مكلف ولو عبدا أو سفيها كولي الصغير والمجنون.

● **ش:**

ضمير (يلزم) عائد على الخلع بمعنى: المال المخالع به ومفعول يلزم محذوف أي: الزوجة أو غيرها ممن التزمه أي: لا يلزم المال المخالع به من التزمه إلا بسبب طلاق زوج مكلف أو وكيله.

يعني: أنه لا يلزم العوض لمن التزمه إلا بصدور الطلاق من زوج مكلف ولو سكران بحرام فلا يجب العوض بطلاق أو مجنون أو سكران بحلال. ولما شمل المكلف العبد والحر والسفيه والرشيد بالغ على العبد والسفيه لئلا يتوهم أنه لا بد من الحرية والرشد؛ لأجل المال المخالع به.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو قصد بذلك الخلع) أي: حين إعطاء دراهم الصلح وليس المراد أنه قصد الخلع بلفظ الطلاق بحيث يكون الخلع مدلولا للفظ الطلاق إذ لا نزاع في أنه بائن. اهـ

فقال: (ولو عبد أو سفيها)[١] أي: أن الخلع يلزم من التزمه من زوجة أو غيرها بطلاق الزوج المكلف ولو كان المكلف عبدا أو سفيها؛ لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه[٢].

وقوله: (كولي الصغير والمجنون) تشبيه في لزوم الخلع بطلاقها أي: كما يلزم الخلع بطلاق الزوج المكلف يلزم أيضا بطلاق ولي الزوج الصغير حرا أو عبدا أو ولي المجنون فإذا صدر الطلاق من ولي الصغير لزم المال والطلاق إذا كان الطلاق من الولي على وجه النظر[٣] والمصلحة سواء كان الولي أبا أو سيدا أو وصيا أو حاكما أو مقاما من جهة الحاكم ويلزم الصغير طلقة بائنة ومثله المجنون.

ولا يجوز عند مالك وابن القاسم أن يطلق الولي عليهما بغير عوض. ونقل ابن عرفة عن اللخمي[٤] أنه يجوز لمصلحة إذ قد يكون في بقاء العصمة فساد لأمر ظهر أو حدث[٥].

وحصر «المص» الطلاق في الزوج المكلف ولو عبدا أو سفيها مخرج لأب الزوج السفيه وسيد العبد البالغ فلا يجوز لهما الخلع بغير إذنهما[٦] إذ الطلاق بيد الزوج البالغ ولو سفيها أو عبدا لا بيد الأب والسيد فأولى غيرهما من الأولياء كالحاكم والوصي.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو سفيها) أي: لأنه آخذ للمال لا دافع له فلا يقال: إن مال السفيه محجورا عليه.

فرع: لو خالع السفيهة بخلع المثل فالأمر ظاهر وإن خالع بدونه كمل له خلع المثل كما قال اللخمي ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه دون وليه وقال بعضهم: ببراءة ذمة المختلع بتسليم المال للسفيهة دون وليه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فبه) أو لا، ولا ينظر لتوهم أن طلاقه يؤدي لذهاب ماله في زواج امرأة أخرى. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لأمر ظهر) أي: بعد نكاحه وكان مجهولا قبله. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عن اللخمي أنه يجوز) أي: بغير عوض إذا كان من الطلاق مصلحة. اهـ.

(٥) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو حدث) أي: بعد نكاحه ككون الزوجة غير محمودة الطريق. اهـ.

(٦) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بغير إذنهما) أي: وإن كن لهما جبرها على النكاح. اهـ.

● ص:

وحرم خلع المريض ونفذ وورثته.

● ش:

يعني: أن الزوج المريض مرضا مخوفا[١] ينشأ عنه الموت عادة لا نحو رمد[٢] أو صداع يحرم عليه أن يخالع زوجته في المرض لما فيه من إخراج وارث.

ومثل المريض من في حكمه كحاضر صف القتال ومحبوس لقتل أو قطع فإن خالع المريض ومن في حكمه نفذ خلعه ووقع عليه الطلاق وورثته زوجته التي خالعها في المرض إن مات فيه.

ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره ولو أزواجا كثيرة؛ لأنه فر بطلاقها من الإرث وسواء كانت مدخولا بها أو لا وأما غير الميراث من الأحكام فحكمها فيه كغيرها من لزوم العدة في المدخول بها وعدم العدة في غيرها وتنصيف الصداق عليه ولا تصح الوصية لها.

وإن قتلته خطاء ورثت من المال دون الدية وإن قتلته عمدا عدوانا لا ترث من مال ولا دية وأما هو فلا يرثها إن ماتت ولو خالعها مريضة أيضا؛ لأنه الذي أسقط ما كان بيده.

ثم شبه في الإرث قوله:

● ص:

كمطلقة فيه وإن بتمليك أو تخيير قبله.

● ش:

أي: وكذا ترث المطلقة في المرض المخوف زوجها الذي طلقها في المرض بغير عوض ولو كان طلاقها فيه بسبب تمليك أو تخيير من الزوج قبل المرض وأولى لو ملكها أو خيرها في المرض فاختارت نفسها فيه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مرضا مخوفا) فإن كان غير مخوف كان جائزا ابتداء كالصحيح. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لا نحو رمد... إلخ) أي: لا غير المخوف كرمد أو سعال ولو مات منه؛ لأنه وقت الطلاق كان غير مخوف ولو صار مخوفا عند الموت فافهم. اهـ.

والحاصل: أنه إذا خيرها أو ملكها في صحته أو مرضه فاختارت نفسها في المرض بأن طلقت نفسها طلاقا بائنا أو رجعيا وانقضت عدته فإنها ترثه إن مات في ذلك المرض طال أو قصر ولا يرثها إن ماتت هي فيه فإن طلقت نفسها طلاقا رجعيا ولم تنقض العدة فإنه يرثها[1] كما ترثه.

فقوله: (وإن بتمليك) مبالغة في إرثها منه أي: أن المطلقة في المرض ترثه إن كان الطلاق في المرض صادرا منه فيه بل وإن كان صادرا منها في المرض بسبب تملك أو تخيير قبله وأولى إن ملكها أو خيرها في المرض.

ثم عطف على المبالغ عليه قوله:

● ص:

أو حكم به لعدم فيئة مول أو حنثته.

● ش:

أي: وكذا ترث المطلقة في المرض زوجها ولو كان الطلاق فيه حكم به حاكم لعدم فيئة زوجها المولي منها فإذا آلى منها زوجها في صحته أو مرضه وانقضى الأجل ولم يفء ولا وعد بالفيئة فطلقها الحاكم عليه في المرض ولم يرتجع وانقضت عدتها فمات من مرضه فإنها ترثه[2] ولا يرثها[3].

أما إن ماتت[4] قبل انقضاء العدة ورثها كما ترثه؛ لأنه رجعي.

وكذا ترثه ولو أحنثته في المرض فإذا قال لها في صحته أو مرضه: إن دخلت دار فلان مثلا فأنت طالق فأحنثته في مرض موته ودخلت الدار فإنه يلزمه الطلاق وترثه وإن ماتت هي في ذلك المرض لم يرثها إن كان الطلاق بائنا أو رجعيا وانقضت العدة.

فقوله: (أو أحنثته) أي: في المرض ولو كان التعليق في الصحة وأولى ترثه إن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه يرثها) أي: إذا لم تنقض العدة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنها ترثه) أي: ولو خرجت من العدة. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يرثها) أي: ولو ماتت قبل فراغ عدتها فتأمل. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن ماتت) أي: في مرضه المخوف ولو ماتت في أثناء عدتها. اهـ.

أحنثته غيرها.

فإن قلت: لم ورثته في هذه الفروع الأربع وهي التملك وما بعده مع أنه لم يوقع الطلاق في المرض وإنما أوقعته الزوجة أو الحاكم؟

قلنا: نظر في ذلك لابتداء ما صدر منه كما في «الش»؛ يعني: أن الطلاق في التمليك وما بعده وإن لم يوقعه الزوج في المرض لكن لما كان سبب الطلاق من التخيير والتمليك والحلف ولو قبل المرض صادرا من الزوج كان الطلاق الذي تسبب عنه كالواقع الآن من الزوج فكأنه هو الذي طلق في المرض. فقول «الش»: لابتداء ما صدر منه إضافة بيانية.

وحاصل الجواب: أنه لما كان الزوج هو المتسبب في الطلاق بتفويضه للزوجة أو حلفه كان كأنه هو الموقع للطلاق في المرض.

ثم عطف على المبالغ عليه أيضا قوله:

● **ص:**

أو أسلمت بعد الطلاق أو عتقت.

● **ش:**

أي: وكذا ترثه ولو أسلمت زوجته الكتابية في مرض موته أو عتق زوجته الأمة في مرض موته بعد الطلاق.

وصورتها: أنه تزوج بكتابية أو بأمة مسلمة ثم إنه مرض فطلق زوجته المذكورة ولو بائنا ثم أسلمت الكتابية أو عتقت الأمة بعد الطلاق في مرضه الذي مات فيه فإن هذه الكتابية التي أسلمت والأمة التي عتقت ترثه لاتهامه على منعها من الإرث لما خشي الإسلام والعتق وسواء أسلمت أو عتقت في العدة أو بعدها وسواء مات في العدة أو بعدها وإما هو فلا يرثها إن ماتت بعد العدة.

فقوله: أو عتقت أي: بعد الطلاق فحذفه من الثاني لدلالة الأول عليه أي: أن المرأة المطلقة في مرض الموت ترثه ولو أسلمت بعد الطلاق أو عتقت بعد الطلاق وأولى لو أسلمت أو عتقت قبل الطلاق فمصب المبالغة قوله: (بعد الطلاق).

ثم عطف على المبالغ عليه أيضا قوله:

• ص:

أو تزوجت وورثت أزواجا وإن في عصمة.

• ش:

يعني: أن المطلقة في المرض ترث زوجها الذي طلقها في مرض موته ولو طال به المرض حتى انقضت عدتها وتزوجت وورثت أزواجا كثيرة كل منهم طلقها في مرضه الذي مات فيه ولو كانت الآن في عصمة زوج حي غير الذي طلقها في المرض. فقوله: (أزواجا) تنازعه الفعلان قبله وهما تزوجت وورثت.

• ص:

كأن فسخ للعان.

• ش:

هنا تشبيه بما قبله في الإرث أي: كما ترثها إذا فسخ النكاح في المرض للعان فأشار بذلك إلى أنه لا فرق بين الطلاق في المرض والفسخ فيه؛ يعني: أن من لاعن زوجته في مرضه المخوف وفسخ نكاحه للعان فإنها ترثه ولا يرثها؛ لأن فرقة اللعان تقوم مقام الطلاق[1].

• ص:

لا ردة.

• ش:

هذا عطف على قوله: (للعان) على تضمين الفراق معنى الصداق ليصح تسلطه على المعطوف والمعطوف عليه أي: كأن فرق بينهما للعان لا إن فرق بينهما لردة فلا ترثه أو يقدر لـ(ردة) عامل يناسبه على حد علفتها تبنا وماءا باردا. حتى غرت همالة عينا. وزججن الحواجب والعيون.

فإن قلت: لم تجعل الفسخ باقيا على حاله من غير تضمن ولا تقدير عامل.

قلنا: لو أبقيناه على حاله يصير التقدير كأن فسخ للعان لا إن فسخ لردة وحينئذ يكون «المص» ماشيا على أن الردة فسخ لا طلاق وهو خلاف المشهور.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تقوم مقام الطلاق) أي: مقام فرقة الطلاق. اهـ.

هذا ويصح أنه معطوف على قوله سابقا: (وإن بتمليك) أي: كمطلقة في المرض[1] وإن بتمليك لا مطلقة فيه لردة. والمعنى: أن من ارتد في مرض موته فلا ترثه زوجته ولا غيرها لضعف التهمة أي: تهمة أنه ارتد لتطلق عليه فلا ترثه ومحل عدم الإرث ما لم يقصد بالردة حرمان الوارث أما إذا اقصد بذلك حرمان الوارث وعلم ذلك منه بصريح اللفظ أو بقرائن الأحوال فإنه يعامل بنقيض قصده ويرثونه ولو مات على ردته والعياذ بالله تعالى.

قال «خ»: فإن قيل: إذا وجب الميراث في اللعان مع كونه فسخا ففي الردة أولى؛ لأنها طلاق.

فالجواب: أن اللعان خاص بالمرأة فاتهم بخلاف الردة؛ لأنها تمنع سائر الورثة.

قال: «عج»: لا إرث أن ردت بعيب في المرض أي: لأنها غارة. وفي طلاق الناشز خلاف فانظره. اهـ «الش»

وقوله: (في طلاق الناشز خلاف) معناه: أن المطلقة في المرض؛ لأجل النشوز هل ترث زوجها المطلق في المرض أو لا ترثه؟ خلاف.

تنبيه:

إذا ارتد ثم عاد للإسلام ثم مات بقرب ذلك ورثه ورثته دون زوجته وأما زوجته ففي إرثها خلاف والراجح أنها ترثه كبقية الورثة.

ثم أشار إلى ما يقطع إرث المطلقة في المرض وهو صحته صحة بينة فقال:

• ص:

وإن صح فكالمطلقة في الصحة لا ترث إلا في عدة الرجعي ولو أردف عليه في مرض طرأ.

• ش:

يعني: أن المريض الذي طلق إذا صح منه صحة بينة عرفا تكون زوجته كالمطلقة في الصحة لا ترثه إلا إذا كان الطلاق رجعيا ولم تنقض عدته فإنها ترثه ولو أردف عليه قبل انقضاء العدة طلاق آخر في مرض طرأ عليه غير المرض الأول

---

(١) جاء على هامش المخطوط: فرع: المطلقة في المرض لجنون أو جذام لا ترث. اهـ حاشية الخرشي.

ولا عدة عليها للطلاق الثاني؛ لأن الموضوع أنه لم يرتجعها قبل الإرداف.

فقوله: (ولو أردف) مبالغة في إرثها منه في عدة الرجعي سواء كان الذي أردفه رجعيا أو بائنا أما لو انقضت عدة الرجعي أو كان بائنا في الأصل وصح من مرضه فلا ميراث لها.

وصورة المسألة أنه طلقها في مرضه طلقة رجعية ثم صح منه صحة بينة ولم يترجعها ثم مرض ثانيا فأردفها طلاقا رجعيا أو بائنا ثم مات من ذلك المرض فإنها لا ترثه الآن بقي من هذه الأول بقية؛ لأن الفرض أن الطلاق رجعي ومات في العدة فترثه.

فإن لم يبق من عدة الطلاق الأول بقية فإنها لا ترثه بالطلاق في المرض الثاني؛ لأنه طلاق مردف على الأول وقد زالت تهمته، بالصحة ومحل عدم إرثها بالطلاق في المرض الثاني ما لم يظن أنه ارتجعها بعد صحته ثم مرض فطلقها رجعيا أو بائنا فترثه إن مات من مرضه الثاني.

كذا قال «خ» وأولى إذا ارتجعها تحقيقا بعد الصحة وقبل الإرداف؛ لأن الثاني حينئذ طلاق في مرض مستقل به له عدة فترثه مطلقا سواء كان بائنا أو رجعيا.

وقوله: (لا ترث إلا في عدة الرجعي) بين به وجه الشبه في قوله: (كالمطلقة في الصحة) أي: أن المريض إذا صح من مرضه فزوجته كالمطلقة في الصحة في أنها لا ترثه إلا إذا كانت في عدة رجعي لا إن انقضت.

فإذا طلق الصحيح طلاقا رجعيا ثم مرض فأردفها فيه متى صح المريض فإن حكمه حكم الصحيح لا ترثه إلا في عدة رجعي، ولو أردف عليه في مرض طرئ عليه ومات فيه.

ولما تكلم على إرث زوجة المطلق في المرض وعدم إرثها شرع يتكلم على مثل ذلك في الزوج فقال:

● ص:

وإنما يرث في عدة الرجعي ولو طلقها مريضة.

● ش:

يعني: أن الزوج المطلق في المرض إنما يرث زوجته المطلقة فيه إذا ماتت في

عدة طلاقها الرجعي ولو طلقها حال مرضها ففي المسائل السابقة ترثه ولا يرثها إلا إذا كان رجعيا فيرثها كما ترثه وقد أشرت لذلك في جميع ما سبق.

وكذا المطلق في الصحة لا يرث إلا في عدة رجعي لا بعد انقضائها ولا في عدة البائن.

• ص:

والإقرار والشهادة كالإنشاء والعدة من الآن إلا لتاريخ بينه ولا يرث هو أن انقضت بدعواه.

• ش:

يعني: أن الإقرار بالطلاق في المرض والشهادة له أو عليه في المرض بالطلاق كل منهما كإنشاء الطلاق في المرض.

فإذا قال في مرضه: كنت طلقتها قبل مرضي بزمن سابق، بحيث تنقضي العدة أو بعضها فيه فكأنه أنشأ الطلاق في المرض، ولا عبرة بإسناده لصحته وكذا إذا شهدت له أو عليه بينة بإيقاع الطلاق في زمن سابق على مرضه بحيث تنقضي العدة أو بعضها فيه فإن ذلك بمنزلة إنشاء الزوج الطلاق في المرض ولا عبرة بإسناده للزمن السابق فترثه وتبتدئ العدة من الآن وهو يوم الإقرار والشهادة ولا يصدق في انقضائها أو بعضها؛ لأنها حق لله إلا إذا أرخت البينة الشهادة على الطلاق أو الإقرار فإنه يعمل على تأريخ البينة فتكون العدة من الوقت الذي أرخته[1] البينة ولا إرث بينهما إذا انقضت العدة على تاريخ[2] البينة أو كان بائنا.

وأما في الإقرار بلا بينة فإن العدة من يوم الإقرار كما مر وترثه إن مات من ذلك المرض ولو تزوجت غيره أما هو فيرثها في العدة إن كان رجعيا لا إن كان بائنا أو انقضت العدة على دعواه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (الذي أرخته البينة) كما لو أقر بأنه طلقها من مدة شهر أو ثلاثة أشهر وأقام على ذلك بينة فيعمل على ما أرخته البينة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على تاريخ البينة) أي: على مقتضى تاريخ البينة والحال أن الطلاق رجعي أو كان بائنا سواء انقضت العدة أو لا أما لو كان رجعيا ولم تنقض العدة فإنها ترثه. اهـ.

والحاصل: أن الإقرار في المرض كالطلاق فالعدة من يوم الإقرار وترثه. ولو تزوجت غيره ولا يرثها هو إن انقضت على دعواه ما لم تشهد بينة بمقتضى إقراره وإلا عمل بها في العدة والإرث.

وكذا الشهادة في المرض تبتدئ[١] العدة فيها من يوم الشهادة وترثه إن مات في مرضه ولا يرثها إذا انقضت العدة على دعواه إلا إذا أرخت البينة فيعمل بالتاريخ في العدة والإرث، فعلم من ذلك أن البينة الغير المؤرخة بمنزلة الإقرار فقط، وشهادة البينة له فيما إذا ادعى الطلاق لغرض من الأغراض فأنكرت هي وشهادتها عليه فيما إذا ادعت عليه الطلاق فأنكر.

● **ص:**

وشهود الطلاق بعد موته عدم.

● **ش:**

يعني: أنه إذا مات رجل فشهدت بينة بعد موته كان في صحته أو مرضه طلق زوجته طلاقا بائنا أو رجعيا وانقضت العدة على حسب تاريخهم، واستمر الزوج لموته معاشر لها عشرة الأزواج[٢].

فإن شهادة البينة بعد موته عدم، لا يعمل بها فترثه زوجته أبدا، وتعتد عدة وفاة لاحتمال طعنه في شهادتهم لو كان حيًا.

وتبتدئ عدة الوفاة من يوم الموت لا يوم الحكم خلافًا لـ«عبق».

وصورة المسألة: أنه مات رجل عن زوجة معاشر لها عشرة الأزواج لموته فادعى وارثه أنها مطلقة قبل موت الزوج فأنكرت فأقام الوارث شهود على طلاقها قبل الموت، فإن شهادة الشهود عدم لا يعمل بها.

أما لو فارقها قبل موته وثبت ذلك فإنه يعمل بشهادتهم فلا ترث إن كان الطلاق في الصحة وتعتد عدة طلاق مطلقا.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (تبتدئ العدة... إلخ) أي: عدة الطلاق لأنها تعتد عدة الطلاق لا عدة وفاة. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عشرة الأزواج) أي: والحال أنه غير مقر بطلاقها. اهـ.

● ص:

وبعد موتها لم يرث.

● ش:

هذه عكس ما قبلها، والمعنى أنها إذا شهدت البينة بعد موت الزوجة أن زوجها طلقها قبل موتها طلاقا بائنا أو رجعيا وانقضت العدة على حسب تاريخهم؛ فإنه يعمل بشهادتهم فلا يرثها زوجها حيث لم يطعن في البينة.

والموضوع أن الشهود عذروا بتأخير الشهادة لغيبة ونحوها إذ لو كانوا حاضرين عالمين[١] لبطلت شهادتهم بسكوتهم[٢] ولا يعذرون بالجهل.

● ص:

وإن أشهد به ثم أنكر فرق ولا حد.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا شهد على نفسه في سفر أوحضر بطلاق زوجته ثلاثا أو دونها بائنا سواء أشهدهم على إنشاء الطلاق أو على الإقرار به بأن قال: اشهدوا بأنها طالق أو أني كنت طلقتها، ثم بعد الإشهاد بالطلاق أنكر الطلاق والأشهاد به فإنه يفرق بينهما واعتدت من يوم الحكم بشهادة البينة لها من اليوم الذي أسندت إقراره فيه ولا حد عليه إن وطئها قبل التفرقة على المشهور؛ لأنهما على حكم الزوجية حتى يحكم الحاكم بالفراق بدليل أن العدة من يوم الحكم ولأنه كالمقر بالزنى[٣] الراجع عنه ومما يقوي عدم الحد أن المفتي يدينه حيث كانت البينة على إقراره وادعى أنه كاذب في الإقرار ولم تسمع البينة إنشاءه أو كذبها. أفاده «حش».

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (عالمين) أي: بمعاشرته لها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بسكوتهم) فلو كانت الزوجة هي التي ماتت وشهدت البينة بعد موتها بطلاقها فقبل الزوج شهادتها ولم يبد مطعنا لم يرثها إن انقضت العدة أو كان الطلاق بائنا وإن أبدى مطعنا منها ورثها لصيرورة تلك البينة بمنزلة العدم. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولأنه كالمقر بالزنى... إلخ) أي: فالشهادة بالطلاق بمنزلة الإقرار بالزنى، وإنكاره للشهادة بمنزلة الرجوع ولا يخفي ما في ذلك من البعد. اهـ.

● ص:

ولو أبانها المريض ثم تزوجها فنكاح مريض.

● ش:

يعني: أن المريض إذا طلق زوجته طلاقا بائنا ثم تزوجها في ذلك المرض فتزوجه بها ثانيا نكاح مريض فكأنه نكح أجنبية في مرضه فيكون فاسد أو فساده لعقده؛ لأنه من إدخال وارث فيفسخ قبل البناء وبعده ولها الأقل من المسمى وصداق المثل من الثلث ويعمل الفسخ إلا أن يصح من مرضه والميراث ثابت لها على كل حال بالنكاح الأول.

فإن قلت: علة فسخ نكاح المريض وهي إدخال وارث منتفية هنا لثبوت الإرث لها على كل حال.

فالجواب[1]: أن الإرث الذي هو ثابت لها تقطعه الصحة البينة، فائدتها إذا حصلت الصحة إنما يكون بالتزويج المذكور أن لولاه لم ترث بعد الصحة وحينئذ فقد وجد موجب فسخ هذا النكاح.

وحاصل الجواب: أنه أدخلها في إرث مستمر وأما إرثها الأول فتقطعه الصحة و إن كان لا يحجر عليه في الإدخال بعد الصحة أي أنه ينظر لابتداء وقوعه حال المرض وإن كان لا حجر عليه في الإدخال بعد الصحة عند الصحة. أفاده «الش» و«حش».

● ص:

والراجح وقف خلع المريضة[2] ورد الزائد على الإرث.

● ش:

يعني: أنه يحرم خلع المريضة أي يحرم عليها أن تخالع زوجها، وكذا يحرم عليه لإعانته لها على المحرم وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها و إذا

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فالجواب... إلخ) أجاب بعضهم بجواب آخر وهو أنهم إنما حكموا بالفسخ هنا؛ لأجل الغرر في المهر؛ لأنه في الثلث فلا يدري الجملة الثلث أم لا فلو تحمل المهر أجنبي لم يفسخ لثبوت المهر في مال الأجنبي والإرث بالنكاح الأول. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (خلع المريضة) أي: مرضا مخوفا. اهـ.

خالعتـه فاختلف في الخلع بمعـنى المال المخـالع به، فقيل: يرد لهـا أو لو رثتها إن ماتت وقيل: يوقف جميع لمـا خالعته به[١] تحت يد أمين إلى يوم موتها وهو الراجح فيوقف إلى يوم موتها[٢] لينظر هل هو قدر ميراثه منها لو لم يخالع أو أقل أو أكثر فإن كان قـدر ميراثه فأقل أخـذه وإن كان أكثر من ميراثه أخـذ قدر ميراثه فقـط ورد الزائد لورثتها فإذا خالعته بخمسين درهما مثلا وهي مريضة فتوقف الخمسين بتمامها ليوم مـوتها فإذا مـاتت نظر في ذلك فـإن كان ينوب الـزوج من التركة علـى تقدير الإرث فـأخذ الخـمسين الـموقـوفة وإن كـان ينـوبه من الإرث عشـرين أخـذ عشـرين من الخـمسين الموقـوفة ورد الثلاثين لـورثتها وإن صحت مـن مرضها ثـم الـخلع فيأخذ جميع ما خالعته به ولو أتى على جميع ما لها.

● **ص:**

وإن نقص[٣] وكيله عن مسماه فلا طلاق.

● **ش:**

يعنـي: أن الزوج إذا وكل وكيلا علـى خلع زوجته وسمـا له شيئـا كعشـرة فنقص وكيله عن مسمـاه فخالعهـا بخمسة لـم يلزم الزوج طلاق؛ لأن الـوكيل، معزول عن ذلك بمخالفته إلا أن يتم له الوكيل أو الزوجة ما سماه فيلزمه الطلاق.

فقول «الش»: إلا أن يتم بالبناء للمجهول فيشمل إتمام الوكيل والزوجة. وأما وكيل النكاح إذا التزم للزوج ما زاده على المهر الذي سماه له فلا يلزم الزوج النكاح[٤].

والفرق لخوف المنة في النكاح دون الخلع وإذا أطلق الزوج للوكيل[٥] أو الزوجة

---

(١) جاء على هـامش المخطـوط: قوله: (جميـع ما خالعـت به) أي: لا قدر الإرث خاصـة وإن احتاجت الإنفاق منه أخذت ما تحتاج إليه بالمعروف. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فيوقف إلى يوم موتها) لربما يحدث لها مال. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن نقص) وإن قل النقص أفاده العدوي. اهـ.

(٤) جاء علـى هامش الـمخطوط: قـوله: (الزوج الـنكاح) أي: أنه إذا وكله الـزوج على أن يـزوجه بألف فزوجه بألفين فإن للزوج الكلام ولو تممه الوكيل من عنده. اهـ.

(٥) جاء علـى هامش المخطـوط: قوله: (أطلق الزوج للـوكيل) بأن قال له وكلـتك على خلع زوجتي ولم يسم لها شيئا يخالعها به. اهـ.

فنقص المخالع به عن خلع المثل فلا يلزمه طلاق إلا أن يتم له خلع المثل فيلزم.

● ص:

وله بيمين ما ادعى في الصلح وإن فوق خلع المثل.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا لفظ للزوجة أو الوكيل بالصلح معرفا نحو: أنت طالق إن أعطيتني الصلح. أو قال للوكيل: طلقها إن أعطتك الصلح. فدفعت له قدرا وادعى أنه أراد أكثر منه فله ما أدعاه بيمينه ولو فوق خلع المثل كما في محشى الخَرَشِي فإن لم يتم له ما ادعى لم يلزمه طلاق.

● ص:

وخلع المثل في صلح ومال كما أخالع به بلا يمين.

● ش:

عطف على ما في قوله (ما ادعى) إي وله (خلع المثل في صلح ومال) بالتنكير بيمينه فإذا قال لها: إن أتيتني بصلح أو مال بالتنكير فأنت طالق فله عليها خلع المثل، ويحلف أنه أراد بذلك خلع المثل فإذا أتته بدون خلع المثل فلا يلزمه الطلاق إلا أن تتمه هي أو وكيلها وكذا له خلع المثل إذا قال لها أو للوكيل: أنه أعطيتني ما أخالع به فهي طالق، لكن بلا يمين في هذه؛ فلذا فصلها بكاف التشبيه الغير التام فإن لم تأت له هي أو الوكيل بخلع المثل لم يلزمه طلاق.

وفي «خ» أنه إذا قال لها: إن دعوتيني إلى صلح بالتفكير يلزمه ما أتت به ولو تافها.

● ص:

وعلى وكيلها ما زاده.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا وكلت وكيلا على خلعها وسمت له شيئا[1] أو أطلقت فزاد

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وسمت له شيئا) بأن قالت لوكيلها: خالع عني بعشرة فزاد على ما سمت له. اهـ.

وكيلها على ما سمت أو على خلع المثل فعليه ما زاده على ما سمعت أو على خلع المثل[1] ولا يلزمها إلا دفع ما سمت أو خلع المثل ولزم الطلاق على كل حال.

● ص:

ورجعت إن شهد عدلان بالضرر وإن سماعا.

● ش:

فاعل (رجعت) ضمير يعود على الزوجة التي اختلفت من زوجها ومعمول رجعت محذوف أي رجعت بما دفعته لزوجها؛ يعني: أن الزوجة إذا خالعت زوجها بمال ثم شهد لها (عدلان بالضرر) فإنها ترجع على الزوج بما خالعته به وبانت منه أن كانت شهادة العدلين على الضرر معاينة منهما بل وإن كانت سماعا ولو خشي من غير ثقات فقط كالنساء والعبيد.

والحاصل: أنه متى شهد لها عدلان بالقطع أي بمعاينة الضرر أو شهد لها بالسماع الفاشي بأن قالا لم نزل نسمع من الناس أن فلان يضار زوجته فإنها ترجع عليه بما دفعته[2] له وبانت منه.

وكذا يسقط عنها ما ألتزمته من رضاع ولدها أو نفقة حمل أو إسقاط حضانة حيث أدعت بعد المخالعة أنها ما خالعته إلا لضرر يجوز لها التطليق به وأشهدت على الضرر عدلين ولو بالسماع[3] كما مر.

ولا يشترط في هذه البينة السماع من الثقات وغيرهم بل لو ذكرت أنها سمعت ممن لا تقبل شهادته كالخدم والنساء ونحو ذلك عمل على شهادتهم.

و(ال) في (الضرر) للعهد أي الضرر الذي لها التطليق به فليس من الضرر تأديبها على ترك الصلاة والغسل من الجنابة ولا يحل له مضارتها إذا علم منها زني

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أو على خلع المثل) بأن قالت لوكيلها: خالع عني ولم تسم شيئا مخالع عنها بأزيد من خلع مثلها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بما دفعته) لزوجها من عندها فلو دفعه أجنبي من عنده فإن قصد فداء المرأة من ضرر الزوج بها مرد المال لا وإن لم يقصد ذلك فلا يرد المال له بل لها اقصده التبرع لها. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولو بالسماع) أي: من غير يمين. اهـ.

حتى تفتدي كما رواه ابن القاسم عن مالك ولا يحل له ما أخذه منها إلا أن تشتمه أو تخالف أمره كما سبق.

ثم شبه في الرجوع قوله:

● ص:

كأن حلفت مع شاهد.

● ش:

أي: وكذا ترجع عليه بالخلع إن حلفت مع إقامة شاهد واحد على الضرر بضرب أو شتم بغير حق وهل يشترط في الشاهد الواحد أن يشهد على القطع ومعاينة الضرر أو تكفي شهادته بالسماع وهذا ظاهر «المص» حيث أتى بكاف التشبيه وجعل قيد المعاينة راجعا لما بعدها في قوله:

● ص:

كامرأتين على المعاينة.

● ش:

أي: وكذا ترجع عليه بالخلع إن حلفت مع شهادة امرأتين على معاينة الضرر ولو مرة ولا يكفيان سماعا على الأرجح.

فإن قلت: ثبوت الضرر هنا بشاهد ويمين أو امرأتين مع يمين بناء في ما سبق عن البدر أخر بحث الحكمين من أن الضرر الذي لها التطليق به لا بد من ثبوته بعدلين ولا يكفي شاهد وامرأتان ولا أحدهما مع يمين.

قلنا: لا منافاة؛ لأن ما سبق في إيقاع الطلاق بالضرر والطلاق من باب الحدود؛ لأنه عقوبة ولذا تشطر على الرقيق والحدود والعقوبات لا بد فيها من عدلين وأما هنا فالطلاق وقع ومضى وصار النزاع في رد العوض، فآل إلى دعوى مالية والدعاوي المالية تثبت بذلك؛ ولذا قال «عب»: لو كان الخلع على عوض غير مال كإسقاط حضانتها فلابد من عدلين. ثم قال: نعم لو خالعها على إسقاط قصاص كفي الشاهد واليمين على الضرر؛ لأن القصاص يكون بشاهد ويمين وهي إحدى المستحسنات الأربع لمالك كما يأتي ذلك إن شاء الله. أفاده «حش».

● ص:

ولا يضرها إسقاط البينة.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا أرادت أن تخالع زوجها لضرورة ولها بينة تشهد لها بالضرر فقال لها عند الخلع: لا أخالعك إلا أن تسقطي حقك من القيام ببينة الضرر فوافقته على ذلك فخالعها وأشهد عليها أنها خالعته بإسقاط حقها من القيام ببينة الضرر فإنه لا يلزمها إسقاط بينة الضرر فلها أن تقيمها عليه بعد الطلاق وتأخذ منه المال الذي دفعته له على الأصح؛ لأن الضرر يحملها على ذلك قهرًا فلا يعمل بإسقاطها وبانت منه.

ولا يلزمها استرعاء بينة[1] أنها على حقها من القيام بينة الضرر على الصواب كما قال «الش»: ومعناه أن الزوج إذا خالعها على إسقاط ببينة الضرر[2] كما سبق فلا يلزمها أن تشهد بينة استرعاء أنها إن أسقطت بينة الضرر فليست بملتزمة لإسقاطها؛ بل لها القيام ببينة الضرر ولو لم تسترع.

● ص:

أو ظهر طلاقها بائن.

● ش:

هذا عطف على (شهد) أي ورجعت إن شهد عدلان أو ظهر... إلخ؛ يعني: أن الزوجة إذا خالعت زوجها ثم ثبت بعد الخلع أنها كانت مطلقة قبل الخلع طلاقا بائنا أو رجعيا وانقضت عدته فإنها ترجع عليه بما خالعته به؛ لأن الخلع لم يصادف محلا؛ لأن المرأة تدفعه عوضا عن انحلال العصمة.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (استرعاء بينة) أي: اشهادها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ببينة الضرر) حاصله: أن المرأة إذا أشهدت بينة على إضرار الزوج لها ثم دفعت له مالا وطلبت منه أن يخالعها على ذلك. فقال لها: أخاف أن يكون لك بينة بالضرر فبعد الخلع تقومي عليّ وتدعي الضرر، وتشهدي تلك البينة وتأخذي ذلك المال. فقالت: ن كانت لي بينة بالضرر فقد أسقطتها. فخالعها على ذلك المال فلا يضرها ذلك الإسقاط ولو أشهدت عليه ولها القيام ببينتها وترد منه المال. اهـ.

والعصمة قد انحلت قبله أما لو كانت مطلقة طلاقا رجعيا والعدة لم تنقض فإنها لا ترجع في العوض؛ لأن الخلع صادف محلا لملك الزوج عصمتها ولحوق طلاقه لها؛ لأن الرجعية زوجة.

● ص:

أو فساد نكاحها.

● ش:

عطف على (طلاقها)؛ يعني: أنها إذا خالعته ثم بعد الخلع ظهر فساد نكاحها فإنها ترجع عليه بالخلع لعدم ملكية الزوج للعصمة؛ لكن هذا في الفاسد المجمع على فساده كالخامسة والمحرم.

أما المختلف في فساده فيلزم فيه الخلع والطلاق لما تقدم من أن المختلف فيه يلزم فيه طلاق الزوج.

ثم عطف على (شهد) أيضا قوله:

● ص:

أو علق تمام العصمة على الخلع ودونها لزم ونفذ الخلع.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا علق تمام عصمة الزوجة على الخلع فإنها ترجع عليه بما أدت إليه؛ لأن المعلق والمعلق عليه يقعان معا فلا يجد الخلع محلا.

مثال ذلك: أن يقول لها: إن خالعتك فأنت طالق ثلاثا ثم يخالعها؛ فإنه يقع عليه الطلاق ثلاثا، ويرد لها ما أخذه منها كما هو قول ابن القاسم؛ لعدم استحقاقه له؛ لأنه علق طلاقها ثلاثا على خلعها والقاعدة أن المعلق والمعلق عليه يقعان معا في وقت واحد، فلم يقع الخلع قبل الثلاث؟ حتى يستحق به المال.

وكذا إذا قال لها: إن خالعتك فأنت طالق اثنتين وقد تقدم له طلقة. أو طالق واحدة وقد تقدم له طلقتان ثم خالعها فإنه يرد إليها الخلع ويلزمه الثلاث في الصورتين.

هذا إذا علق تمام العصمة على الخلع. أي: علق العصمة بتمامها، وهي الثلاث.

أما إن علق طلاقا دون تمام العصمة على الخلع بأن علق واحدة أو اثنتين والمال أنه لم يتقدم له طلاق أصلا؛ فإنه يلزم ما علقه وينفذ الخلع بطلقة.

فإذا قال لها: إن خالعتك فأنت طالق واحدة، ثم خالعها على مال فإنه يلزمه ما علقه وهو واحدة، وينفذ الخلع بطلقة، ولا يرد لها شيئا فيلزمه طلقتان واحدة بالخلع وواحدة بالتعليق.

وإن قال لها: إن خالعتك فأنت طالق طلقتين لزمه الثلاث واحدة بالخلع واثنتان بالتعليق، وكل هذا على مذهب ابن القاسم؛ بناء على أن المعلق والمعلق عليه يقعان في آن واحد كما مر.

والترتيب بينهما في التعقل فقط كحركة الخاتم مع حركة الإصبع. وقال أشهب: يلزم الخلع بطلقة واحدة بائنة ولا يرد لها شيء من المال نظرا لتقدم رتبة المعلق على رتبة المعلق عليه. وأما ما في «عب» من أن المعلق يقع قبل المعلق عليه فهو قول بما لا يعقل[1] قاله «حش».

تنبيه:

إذا خالعت المرأة زوجها ثم بعد الخلع اطلعت فيه على عيب يوجب الخيار كجنون[2] وجذام وبرص فإنها ترجع عليه بما خالعها به؛ لأنه تبين أن لها رده بلا عوض.

وأما لو تبين أن العيب بها فإنه لا يرد ما أخذه منها في المخالفة؛ لأن له أن يقيم على النكاح ولم يذكر «المص» ذلك هنا؛ لأنه سبق حكم ظهور العيب بعد الخلع في باب خيار العيب.

● ص:

وإن خالعها على نفقة الحمل مدة رضاعه لم تسقط نفقته حملا.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا كانت حاملا وخالعته على نفقة ذلك الحمل مدة رضاعه أي

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بما لا يعقل) لعدم ظهوره وذلك؛ لأن المعلق مسبب والمسبب مع السبب إما أن يفهم في زمن واحد أو المسبب بعد السبب. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كجنون) أي: أوجبه أو عنته أو اعتراضه. اهـ.

خالعته على إسقاط أجرة رضاعة فلا تسقط نفقته مدة حملها به لأنهما حقان أسقطت أحدهما فبقي الآخر هذا قول ابن القاسم.

وما في الأصل من سقوط مدة الحمل ضعيف مع ما في عبارته من الخفاء؛ لأنه قال: وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعه، فلا نفقة للحمل فيوهم أنها حامل ومرضع فخالعها على نفقة الرضيع فتسقط نفقة الحمل، وهذا لا يصح أن يكون مراد له؛ لأن نفقة الحمل في هذا الفرض لا تسقط بالمخالعة على نفقة الرضاع، وإنما مراده بالولد من يصير ولدا وهو الآن في بطنها.

فلو قال: وجاز شرط نفقة ما تلده مدة رضاعه فلا نفقة لها في حمله لكان أظهر، ومع ذلك هو ضعيف والراجح ما ذكره مصنفنا رحم الله الجميع وإنما ذكرت ذلك لأبين قول «الش» والأصل على خفائه ضعيف.

● **ص:**

ولزم بنفقة الزوج أو غيره على المعمول به.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة إذا خالعت زوجها على أن تنفق عليه مدة معلومة مضافة لمدة رضاع الولد أو منفردة عنها فإنه يلزمها نفقة الزوج هذه المدة سواء كانت تزيد على مدة رضاع الولد أو تساوي أو تنقص وكذا يلزمها الخلع بنفقة غير الزوج كنفقة الولد بعد مدة الرضاع أو بنفقة ولده الكبير أو بنفقة أجنبي طالت مدة الأنفاق أو قصرت ولزوم الخلع بنفقة الزوج أو غيره هو المعمول به خلافا لما في الأصل من أنه يسقط عنها نفقة الزوج أو غيره فإنه ضعيف.

وإن كان هو رواية ابن القاسم عن مالك حتى قال ابن لبابة: الخلق كلهم على خلاف[1] قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

والحاصل: أنه إذا اشترط عليها نفقة الزوج المخالع لها أو غيره كولده الكبير أو أجنبي سواء كانت نفقة ما ذكر مفردة أو مضافة لنفقة الرضيع فإنه يلزمها، ولا يسقط عنها شيء من ذلك كما لا يسقط عنها الزائد على مدة رضاع ولدها فإذا اشترط عليها

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على خلاف) لأن غاية ذلك أنه غرر وهو جائز في الخلع. اهـ.

أن تنفق عليه مدة بعد مدة الرضاع لزمها ذلك على المعول عليه[١].

فرع:

من التزم لزوجته بعد العقد نفقة ولدها من غيره ما دامت زوجة له فطلقها بائنا دون الثلاث ثم تزوجها ولو بعد أزواج عادت عليه ما بقي من العصمة الملتزم فيها شيء.

وأما إذا اشترطنا عليه في العقد نفقة ولدها فيفسخ قبل الدخول وبقيت بعده ويلغي الشرط.

● ص:

وإن خالعها على إرضاعه مدة فمات قبلها سقطت لا إن ماتت أو انقطع لبنها وعليها التوأمان.

● ش:

يعني: أن الرجل إذا خالع زوجته على إرضاع ولدها مدة الحولين أو أقل أو أكثر فمات الولد قبل تمام المدة المشترطة فإنها تسقط عن أمه بقية المدة المشترطة وليس للزوج أن يرجع عليها بما بقي منها قال «دك»: إذا كانت عادتهم عدم الرجوع، وإلا رجع عليها[٢] وأما إن ماتت أمة قبل تمام المدة فلا يسقط عنها ما بقي ويؤخذ من تركتها[٣] مقدار ما يفي برضاعة بقية المدة كان ذلك دين ترتب في ذمتها؛ كسائر الديون.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (على المعول عليه) وهو قول المغيرة وغيره والحاصل أن الأقوال ثلاثة: قول ابن القاسم بالسقوط مطلقا قيد بمدة معينة أم لا. وقول المغيرة: عدم السقوط مطلقا قيد بمدة أم لا. وقول اللخمي: إن قيد بمدة فلا سقوط وإلا سقط وما قاله المغيرة هو المعتمد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإلا رجع عليها) أي: ببقية المدة ومثل الموت استغناؤه في الحولين. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويؤخذ من تركتها... إلخ) أي: ولو استغرق ذلك لجميع التركة؛ لأن الدين يقدم على جميع الورثة ثم إنه إذا أخذ يوقف ولا يأخذه الأب لاحتمال موت الولد قبل تمام بقية مدة الرضاع وإذا وقف فكل ما مضي أسبوع أو شهر دفعت أجرته من ذلك الموقوف فإن مات الولد رد الباقي لورثة الأم يوم موتها. اهـ.

فإن مات الولد أيضا رجع المال الذي أخذه أبوه من تركتها لورثة أمه يوم فإن لم تخلف المرأة شيئا فإن نفقة الولد وأجرة رضاعة على أبيه وإن انقطع لبنها[١] قبل المدة المشترطة لزمها أن تستأجر من يرضعه إلى تمام المدة وإذا خالعها على إرضاع ولدها الذي في بطنها فولدت توأمين فأكثر فإنه يلزمها إرضاع ما ولدته قل أو كثر.

وإلى هذا أشار بقوله: (وعليها التوأمان) أي وعليها إرضاع التوأمين ففوق. وإذا خالعها على نفقة الولد ورضاعه فعجزت عن نفقة الولد أو عن نفقة نفسها أنفق الأب ويتبعها إن أيسرت كما في «خ».

تنبيه:

إذا خالعها على رضاع ولدها واشترط عليها عدم زواجها مدة الرضاع[٢] فهل يلزم الشرط ثالثها إن أضر الوطء بالولد لزم الشرط وإلا فلا.

• ص:

وعليه نفقة الآبق وثمرة لم يبد صلاحها إلا لشرط[٣].

• ش:

يعني: أن الزوجة إذا خالعت زوجها على عبدها الآبق فإن أجرة تحصيله وطعامه وشرابه إلى وصوله له على الزوج؛ لأنه صار على ملكه بمجرد عقد الخلع، وزال ملك الزوجة عنه إلا لشرط أو عرف بأنه على الزوجة فيلزمها.

وكذا تقول إذا خالعها على بعيرها الشارد وإذا خالعته على ثمرة لم يبد[٤] صلاحها وأولى إذا لم تظهر بالكلية فإن نفقتها من سيفي وعلاج على الزوج؛ لأن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن انقطع لبنها) حقيقة أو حكما بأن نقص عن كفاية الولد. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مدة الرضاع) أي: إلى فطامه. أما إذا اشترط عليها أن لا تتزوج بعد الحولين فإنه لغوا اتفاقا. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إلا لشرط أو عرف) ويقدم الشرط على العرف عند تعارضهما؛ لأنه كالعرف الخاص. اهـ.

(٤) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لم يبد) فإن بدأ ولم يحتج بعد بدون تكلفة فعليه أجره أخذها إلا لشرط. اهـ.

ملكه قد تم ولا جائحة فيها على أرجح القولين في الأصل إلا لشرط أو عرف فيعمل به ومقابل.

الأرجح أنها على الزوجة؛ لأن التسليم فيها متعدد شرعا ولو عبر: بلم تطب بدل لم يبد صلاحها لكان أخصر.

وقوله: إلا لشرط راجع للمسألتين والعرف مثله الشرط كما قدمنا.

• ص:

لا الجنين إلا بعد خروجه وأجبرا[1] على جمعهما يملك.

• ش:

قوله: (لا الجنين) عطف على (الآبق) أي لا نفقة أم الجنين فليست على الزوج أي لا ينفق على أمه نفقه الحمل إلا بعد خروجه فتلزمه نفقته؛ يعني: أن نفقته أم الجنين تكون على الزوجة حيث خالعته بما في بطن أمتها إلى حين خروجه من بطن أمه ثم تكون على الزوج أجرة رضاعه؛ لأنه ملكه بمجرد الوضع وصار في ملكه ويجبر الزوج والزوجة على جمع الجنين مع أمه في ملك بأن يبيعا هما من شخص واحد أو يشرى أحدهما من صاحبه من يملكه منهما ولا يكفي جمعهما[2] في حوز؛ لأن التفريق هنا بعوض.

• ص:

وكفت المعاطاة.

• ش:

يعني: أن (المعاطاة) تكفي في عقد الخلع عن النطق بالطلاق حيث فهم منها الطلاق بواسطة العرف أو القرائن كأن يجري عرفهم بأنه متى دفعت له أسورتها أو عقدها فأخذه وانصرفت، كان ذلك خلعا. وكأن تعطيه شيئا وتحفر له حفرة فيملأها

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (أجبرا) أي: كل من الزوج والزوجة كل من المالكين على جمعه مع أمه. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ولا يكفي جمعهما) في جواز ألا يلغي في الخروج من النهي عن التفريق بين الأم وولدها. جمعهما في بيت واحد. اهـ.

ترابا أو يمسكها حبلا فتقطعه فإن لم تعطه شيئا كان رجعيا[١].

وبعبارة: تكفي المعاطاة أن أفهمت الطلاق بجريان عرف مخصوص كدفع حليها وعلق شعرها وتغطية وجهها وخروجه من عندها أو خروجها من عنده ولم يمنعها.

وكذا إذا قامت قرائن حالية على الخلع كجريان حديث الخلع في محاوراتهم فأنها تكفي المعاطاة.

قال ابن القاسم: إن قصد الصلح على أن أخذ متاعه وسلم لها متاعها فهو خلع لازم ولو لم يقل: أنت طالق.

و(المعاطاة) مفاعله من الجانبين؛ لأنها تغطية العوض ويعطيها العصمة لكن إعطاء العصمة معنويا و إعطاء العوض قد يكون حسيا وقد يكون معنويا كترك صداق أو دين لها عليه.

● ص:

ولا يختص بالمجلس قوله إن دفعت إلا لقرينة ثم إن علق الطلاق لزم بالدفع وان التزم إنشاءه أجبر عليه.

● ش:

فاعل (يختص) ما بعده وهو قوله: (إن دفعت) أي: أن هذا اللفظ لا يختص بالمجلس بل يستمر حكمه بعد المجلس ما لم يطل بحيث يرى أن الزوج لم يرده عرفا.

وقوله: (ثم إن علق) مرتب على الاختصاص وعدمه. أي: ثم بعد أن يختص أو لا يختص يجري فيه هذا التفضيل.

ومثل الدفع: الأداء والإقباض. والمعنى: أن الزوج إذا قال لزوجته: إن دفعت إلي

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (كان رجعيا) والغرض أن قطعه في عرفهم طلاق. والحاصل أن الفعل لا يقع ولو قصد به الطلاق ما لم يجر عرف باستعماله في الطلاق وإلا وقع به الطلاق فإن صاحبه عوض فهو بائن وإلا فهو رجعي وما سيأتي من أن الفعل لا يقع به طلاق؛ لأن من أركانه اللفظ محمول على الفعل المجرد عن العرف لا الذي معه العرف. وعن ابن عرفة: أن الخلع يتقرر بالفعل دون قول لنقل الباجي رواية ابن وهب من ندم على نكاح امرأة فقال له أهلها: نزد لك ما أخذنا وترد لنا أختنا ولم يكن طلاق ولا بل فقال تكلم به فهي تطليقه. اهـ.

كـذا أو اقبضـتـني أو أديتيني كـذا فأنت طـالق أو أطلقك. فإن هـذا القول لا يختص بـالمجلس الذي قـال لها فيه ذلك فمتـى ما أعطته مـا طلبه منها ولـو بعده جرى فيه التفضيل الأتي ما لم يطل بحيث يرى أن الزوج لا يجعل التمليك إليه عرفا.

ومحل عدم الاختـصاص بالمجلس مـا لم تقم قرينة تـدل على أنه أراد المجلس فقط فإن قامـت قرينة اختص بالـمجلس عملا بالقرينـة، ثم بعد ذلك إن كان الزوج علق الطلاق بصيغة إنشاء نحو إن دفعت لي أو أديتني كذا فأنت طالق. لزمه الطلاق بمجرد الدفع له من غير توقف على تلفظ بصيغة خلافا لما في الخَرَشِي وغيره.

وإن كان قد التزم إنشائه نحـو: إن دفعت لي كذا فارقتك أو طلقتك أو أفارقك أو أطلقك. وفهم منه الالتـزام بقرينة حالية أو مقاليـة كمتى شئت فإنه يجبر على إنشاء الطلاق بصيغة نحو: أنت طالق إن دفعت له مطلوبه وامتنع من إنشائه.

ثم شبه في الجبر قوله:

● **ص:**

كأن وعد وورطها[١].

● **ش:**

وكذا يجبر الزوج[٢] على إنشاء الطلاق إن وعد الزوجة بالطلاق.

(وورطهـا) إي أوقعها في ورطة بـأن باعت أمتعتها أو دارهـا وما أشبه ذلك. وهذا فيما ليس نصـا في إنشاء الطلاق نحو أطلقك أو أفـارقك أن أعطيتني أو أديتني ألفا من الغنم. مثلا أو قال لها: إن أعطيتني ألفا من الدراهم طلقتك.

وإنما كان قوله: إن أعطيتني طلقتك وعـدا لا نصا في الإنشاء؛ لأن الشرط يقلب الماضي ويخلـصه للاستقبال فـطلقتك في هذا الـمثال بمعنى أطلقك فإذا أتت له بالألف مما ذكـر جبر على إنشاء الـطلاق للتوريط ولا يلزمه الطـلاق بمجرد إتيانها بالألف؛ لأنه وعد وإذا إنشاء الطلاق كان بائنا.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وورطها) مفهومه إذا لم يوقعها في ورطة بأن كان عندها دراهم أو دنانير فدفعت منها فلا يلزمه الطلاق بناء على المشهور من عدم لزوم الوفاء بالوعد وكذا يجبر. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وكذا يجبر الزوج) أي: يجبره الحاكم. اهـ.

ومفهوم «المص» أنه إن لم يورطها بسبب الوعد في يجبر على الطلاق على المشهور من عدم لزوم الوفاء بالوعد.

وبعبارة: إذا وعد الزوج زوجته بالطلاق نحو: إن دفعت كذا أفارقك أو أطلقك ولم يفهم منه التزام بقرينة حالية ولا مقالية ولكن ورطها ببيع متاعها فإنه يجبر على إنشاء الطلاق فإن لم يورطها لم يجبر.

تنبيه:

إذا خالع الزوج زوجته على ألف عين نوعها كألف دينار أو درهم أو ألف راس من الغنم وفي البلد اليزيدية والمحمدية، والضأن والمعز فإنه يلزمه ألف من الغالب في البلد من يزيدية ومحمدية وضأن ومعز فإن لم يكن غالب في البلد أخذ من كل من المتساويين نصفه ومن الثلاثة[1] المتساوية ثلث كل وهكذا ذكره الأصل هنا ولم يذكره «المص»؛ لأنه تقدم له في قوله: (وله) الغالب أو الوسط.

• ص:

وطلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا لزمتها.

• ش:

يعني أن الزوجة إذا قالت: طلقني واحدة بالألف فطلقها ثلاثا لزمتها الألف على مذهب المدونة؛ لحصول غرضها وزيادة خلافا لبحث ابن عرفة الذي في «عب» وإن قال به بعضهم، كما في «بن».

وبحث ابن عرفة هو أن تقول المرأة: عيبي عند الأزواج يقولون: لو أنه علم أن فيها أمر مكروها ما بلغ بها الثلاث فلا تلزمها الألف عند ابن عرفة.

• ص:

لا عكسه وبانت.

• ش:

أي: لا تلزمها ألف في عكسه وبانت منه نظر الصورة العرض وإن لم يتم.

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ومن الثلاثة... إلخ) كما لو أن في البلد ثلاثة أنواع محبوب وبندوقي وخندقلي. اهـ.

يعني: أنها إذا قالت له: طلقني ثلاثا بـألف. فطلقها واحدة بالألف فقد بانت منه ولا يـلزمها ألف على مـذهب المدونة أيضـا فمذهبها لا تلـزم الألف إذا طلقها ثلاثا وقال ابن المواز: تلـزمها الألف؛ لأن قصدها البينونة وقد حصلت، والثلاثة لا يتعلق بها غرض شرعي.

ورد ابن عبـد السلام: بأن قد يكون لها غـرض في الثلاث كقطع طعمة في عودها بعقد جديد قبل أن تتزوج غيره.

ثم شبه في البينونة قوله:

● **ص:**

كطلقني نصف طلقة أو في جميع الشهر بكذا ففعل أو قيل غدا ففجل إلا لغرضها.

● **ش:**

قوله (ففعل) راجع للمسألتين وكذا كناية عن عدد معين كمائة أو ألف.وقوله: (أو قيل غدا) بـناه للمجهـول ليشمـل قول الزوجة وغيرها مـمن التزم الـعوض أي قال: ملتزم العوض طلقها غدا بكذا.

يعني: أن الزوجة إذا قالت لزوجها: طلقني نصف طلقة أو ثلثها أو ربعها بألف ففعل بأن طلقهـا ما ذكر فإنها تلزمه البينـونة بتكميل الطلاق عليه ويلزمها[1] الألف ويؤدب.

وكذا إذا قـالت له: طلقنـي في جميع الـشهر بـألف مثلا أي أجعل الـشهر ظرفا لطلاقي ففعل بـأن طلقها طلاقـا مقيدا بـالشهر[2] فـإنها تلـزمها الألف التي عـينتها وبـانت منه بطلاق مؤبد لا يـرفع حرمته إلا عقد جـديد ويلغي تقييده بـالشهر سواء وقع الطلاق أول الشهر أو أخره أو أثنائه.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويلزمها) الألف محل ذلك إذا فهم من مقصودها تعجيل الطلاق أو لم يفهم شيء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مقيدا بالشهر... إلخ) فإن طلق بعده وقع بائنا ولا يلزم المرأة شيء. اهـ.

وكذا إذا قالت: طلقني غدا بألف فعجل الطلاق لها قبل الغد وأولى إن لم يعجله فإنها تبين منه ويلزمها الألف، إلا إذا كان لها غرض في تخصيص غدا بالطلاق فلا يلزمها العوض وهو الألف.

وأما إذا طلقها بعد الغد فلا يلزمها العوض مطلقا كان لها غرض أو لا. ويقع الطلاق بائنا على كل حال.

والحاصل: أنه أن طلقها في الغد لزم العوض قطعا وإن عجل قبله لزمه العوض إلا لفرضها في غد فلا يلزمها وإذا طلقها بعده فلا يلزمها مطلقا والبينونة لازمة في جميع الأحوال.

وأما الزوج فلا ينظر لغرضه في الغد؛ لأنه إن علق الطلاق بعد تنجز عليه الآن. فإذا قال لها: أنت طالق غدا بألف من الدراهم أو الإبل مثلا فقبلت المرأة [١] في الحال فأنها تطلق في الحال ويلزمها الألف ولا ينظر لفرضه في تخصيص الغداة.

● **ص:**

أو بهذا الهروي فإذا هو مروى وأخذه فإن لم يعين فمثله.

● **ش:**

عطف على ما يلزم فيه البينونة والعرض.

(والهروي): بفتح الهاء وكسر الواو وتشديد الياء ثوب أصفر [٢] يعمل بهراوة إحدى مدائن خراسان. يقال هربت [٣] الثوب إذا صفته وكانت السادة من العرب يتعممون بالعمائم الهراة وهرأت بالألف.

وإن رسمت بواو فلا ينطق بها بالواو، وفي خطب كتب المؤلفين من الأعاجم يقولون محروسة هرأت حماها الله من الآفات.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فقبلت المرأة في الحال) أي: بأن قالت في الحال رضيت بكونك تطلقني غدا بألف وكذا إن لم ترض بذلك في الحال بل في الغد فيلزمها الألف على كل حال وتطلق عليه في الحال. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ثوب أصفر) أي: من رقيق القطن يصفر سداه بالزعفران أو نحوه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (هربت الثوب... إلخ) أراد أن يبين ما تتصرف إليه المادة. اهـ.

(والمـروي) بفتح الميـم وسكون الراء وتشديد الـياء ثوب يـلبسه خاصـة الناس منسوب إلى مرو بلدة بخراسان أيضا.

والنسبـة إليها مـروي على القيـاس ويزاد في نـسبة الـعاقل إليهـا زاي على غير القياس.

فيقال: فـلان مروزي[1] من شواز النـسب والمعنى أن الـرجل إذا قال لزوجته: إن أعطيـتني هذا الثوب الهروي الـذي في يدك فأنت طالق فـدفعته إليه فإذا هو مروي؛ فأنها تبين مـنه ويأخذه منهـا؛ لأنه لما عين الثـوب كان المقصـود ذاته لا نـسبته إلى تلك البلد وهو مقصر.

أما لو وقع الخلع على ثوب هروي غير معين، فتبين أنه مروى. فإن كان ذلك قبل قبوله وأخذه مـنها لم يلزمه طلاق، وإن كـان بعده[2] لزمه الطلاق ويـلزمها هروي[3] مثله.

وإلى هذا أشار بقوله: (فإن لم يعين فمثله) أما إذا قال لها: أنت طالق على هروي فاتت بمروي فلا يلزمه طلاق؛ لأنه تعليق في المعنى.

● ص:

أو بما في يدها فظهر فراغها على الأقرب.

● ش:

عطف على ما سبق أيضـا؛ يعني: أن الزوج إذا رأى يد زوجته مقـبوضة فقال لها: أنـت طالق على مـا في يدك. فـظهر أنها فـارغة أو فيهـا شيء تافه كـدرهم أو حبة أو زبيبة أو غير متمول كتراب فإنه يلزمه الطلاق على الأقرب عند ابن عبد السلام؛ لأنه أبانها مجوز لذلك كالمخالعة على الجنين فينفش الحمل.

وقال اللخمي: لا يلزمه طلاق.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (مروزي) لقرب مخرج الزاي من الراء. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (وإن كان بعده) أي: وإن كان تبين أنه مروي بعد أن قبله وأخذه. اهـ.

(٣) جاء على هامش المخطوط: قوله: (ويلزمها هروي) أي: بدل ذلك المروي. اهـ.

تنبيهان:

الأول: إذا خالعت المرأة زوجها بمعنى لا شبهة لها فيه بأن كانت عالمة بأنه ملك غيرها ولم يعلم الزوج بذلك فإنه لا يلزمه الخلع؛ لأنه خالعها على شيء لم يتم له ولو أجازه مالكه على ظاهر الأصل.

أما لو علم لزمه الطلاق ولا شيء له وغير المعين يلزم به الخلع ويلزمها مثله وبمعين لها فيه شبهة بأن اعتقدت أنه ملكها فاستحق من يدها لزم الطلاق ويلزمها القيمة وتقدم ذلك مبسوطا.

الثاني: إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ما أخالعك به فأنت طالق فاتت له بتافه أي دون خلع المثل لم يلزمه خلع ويخلي بينه وبينها وإن لم يدع أنه أراد خلع المثل ولا يمين عليه؛ لأن قوله ما أخالعك به معروف عرفا لخلع المثل.

فإن دفعته له الزمه الطلاق وإلا فلا وقد تقدم ذلك أيضا في قوله كما أخالع به وإنما ذكرته هنا؛ لأنه ذكره الأصل وشراحه وقدمت نكته تكراري لما يذكره الأصل.

● **ص:**

لا إن قال ثلاثا بألف فقبلت واحدة بالثلث.

● **ش:**

هذا مخرج مما يلزم فيه الخلع؛ يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته طلقتك ثلاثا بألف من الغنم أو الدراهم مثلا فقبلت من الثلاثة طلقة واحدة بثلث الألف فإنه لا يلزمه الطلاق إذ من حجته أن يقول: لم أرض بطلاقها إلا بألف لا بأقل؛ ولذا لو قبلت الواحدة بألف لزمته الواحدة بها وهذا معنى قول «الش»: وبالألف لزم؛ يعني: أنها إذا قبلت الواحدة بالألف لزمته الواحدة بها؛ لأن المقصود حصل. ووقوع الثلاث لا يتعلق به غرض شرعي بل وقوع الثلاث خلاف طلاق السنة كما يأتي.

● **ص:**

وإن ادعى الخلع أو قدرا أو جنسا بانت وصدقت إلا أن تنكل فيحلف.

● **ش:**

قوله (بانت وصدقت) راجع للثلاث مسائل؛ يعني: أن الزوجين إذا اتفقا على

وقوع الطلاق واختلفا في الخلع فادعى الزوج الخلع وادعت الزوجة أن الطلاق بلا عوض.

أو اتفقا على الخلع واختلفا في القدر فقال الزوج: بعشرة. وقالت: بخمسة.

أو اختلفا في الجنس فقال الزوج:وقع الخلع بعبد. وقالت: بل بشاة.

فإنها تحلف في المسائل الثلاثة على نفي دعوى الزوج وبانت منه وتصدق بيمينها فلا شيء عليها في الأولى وتدفع ما أدعت في الآخرتين.

فإن نكلت حلف الزوج وأخذ ما ادعى في الثلاث فإن نكل الزوج أيضا فلا شيء له في الأولى وهي دعوى الخلع وأخذ ما قالت الزوجة في الآخرتين وهما القدر والجنس.

● ص:

والقول له في عدد الطلاق وموت العبد أو عيبه قبله وإن ثبت موته بعده فلا شيء له.

● ش:

يعني: أنهما إذا تنازعا في الطلاق فقال الزوج: طلقتها واحدة وقالت: بل ثلاث، ولا بينة فالقول قوله، وهل يمين أو لا؟ خلاف. فله أن يتزوجها قبل زوج ولو تزوجها بعد زوج كانت معه بطلقتين عملًا بقوله.

وموضوع المسألة أنهما اتفقا على الطلاق سواء كان بعوض أو لا. وإنما الخلاف في العدد وما مشي عليه «المص» هو قول ابن بشير، ونقله المواق وفي سماع عيسى عن ابن القاسم وأقره ابن رشد: أن المرأة إذا أقرت بالثلاث وهي بائن لم تحل لمطلقها إلا بعد زوج، فإن تزوجها قبل زوج فرق بينهما.

قال ابن رشد: فلو ادعت ذلك وهي في عصمته ثم أبانها فأرادت أن تتزوجه قبل زوج وقالت: كنت كاذبة وأردت الراحة منه. صدقت في ذلك، ولم تمنع من مراجعته ما لم تذكر ذلك بعد أن بانت منه.

وإذا خالعته على عبد غائب غير آبق فادعى الزوج موت العبد أو عيبه قبل الخلع وادعت هي أن الموت أو العيب بعد الخلع فالقول للزوج في المسألتين بيمينه

فيرجع عليها بقيمته في الموت وبأرش العيب؛ لأن الأصل عدم انتقال الضمان إليه وبقاؤه عليها فهي مدعية؛ لانتقاله فعليها البيان.

وأما لو خالعته على آبق فلا ضمان عليها مطلقا مات أو تغيب قبل الخلع أو بعده إلا أن تكون عالمة بحصوله قبله فيلزمها قيمته على غرره.

وإذا نكل الزوج عن اليمين في مسألة الغائب غير الآبق حلفت أنه بعد الخلع ولا ضمان عليها.

وأما إذا ثبت موت العبد أو تعيبه بعد الخلع فلا شيء له عليها ومعيبة منه؛ لأن الغالب في باب الخلع ضمانه من الزوج بمجرد العقد بخلاف البيع، فإن ضمانه من البائع حتى يقبضه المشتري.

وقوله: (وموت العبد أو عيبه) معطوفان على عدد الطلاق. وضمير (قبله وبعده) للخلع. و(قبل) ظرف للموت والعيب و(بعد) ظرف للموت الذي ثبت.

وقوله (فلا شيء له) أي للزوج هو بمعنى قول الأصل فلا عهدة أي لا ضمان على الزوجة فلا شيء عليها للزوج.

* * *

[وصل في الطلاق وأركانه وما يتعلق به]

● ص:

وصل.

● ش:

في الطلاق وأركانه وما يتعلق به.

والطلاق تعتريه الأحكام الخمسة:

الإباحة: بمعنى خلاف الأولى لما فيه من عدم سابق الألفة وقطع حبال المودة والمطلوب الأيتام بشهادة خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة

وفي المثل لولا الوئام لطاح الأنام.

والندب: كما لو كانت بذيئة اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده كان يضربها ضربا مبرحا أو يسبها أو يسبب والديها أو كانت زانية أو قليلة الحياء تتبرج إلى الرجال وأكثرهن بسبب أم الزوج إذا كانت عند ابنها.

والوجوب: كما لو علم أن أبقاها يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها.

والحرمة: كما لو علم أنه إن طلقها وقع في الحرام كالزنى ولا قدرة له على زوجة غيرها.

والكراهة: كالطلاق البدعي في غير الحيض والنفاس.

والطلاق من حيث هو قسمان:

سني وبدعي.

والسني: ما استوفى الشروط الآتية، ولو حرم.

والبدعي: ما لم يستوفها ولو وجب؛ كمن لم يقدر على القيام بحقها من نفقة أو وطء وتضررت ولم ترض بالمقام معه.

والمراد بالسني: الطلاق الذي أباحته السنة. أي: إباحة صاحبها وهو الشارع

وأذن في فعله، وإن كان خلاف الأولى كما مر؛ بل من أشد أفراد خلاف الأولى وهذه الأشدية هي معنى (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) أي أقربه إلى بغض الله.

وإنما أولناه بذلك؛ لأن الحلال لا يبغض بالفعل بل قد يقرب من البغض إذا خالف الأولى. هذا أولى ما يحمل عليه الحديث.

وأما حمله على سبب الطلاق وهو سوء العشرة فغير سديد أذ يصير التقدير أبغض الحلال إلى الله سبب الطلاق.

وسبب الطلاق ليس من الحلال مع أنه أفعل التفضيل بعض ما يضاف إليه لأنك إذا قلت: زيد أفضل فقيه يفيد أن زيد بعض الفقهاء وهنا إذا قلت سبب الطلاق أبغض الحلال يفيد أن سبب الطلاق بعض الحلال وهذا لا يصح.

والحاصل: أنه ورد في الخبر بغض الحلال إلى الله الطلاق فاستشكل بأنه مباح بدليل وقوعه منه ﷺ فكيف يوصف بالبغض فضلا عن كونه أبغض.

فأجيب: بأن الأبغضية متعلقة بسببه وهو سوء العشرة ولكن هذا الجواب قد علمت ما فيه والجواب السديد ما سبق. أي: أقرب الحلال إلى بغض الله. إي: أنه من أشد أفراد خلاف الأولى.

وعلم مما سبق أن إضافة الطلاق السنة لأذنها فيه وحينئذ فقد يقال: لم أضيف الطلاق للسنة فقط مع أن القرآن أيضًا أذن فيه بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق:١].

يجاب: بأن الآية إنما إذنت في أصل الوقوع لا بقيد من القيود. لم تعلم إلا من السنة قلنا أضيف إليها ولم يضف الكتاب كذا في «ز».

وأحسن من ذلك أن يقال المراد بالسنة: طريقة الإسلام الشاملة للكتاب والسنة وإنما كان هذا الحسن من الأول؛ لأن بعض شروط الطلاق إنما تؤخذ من القران لا من السنة.

تنبيه:

قال بعضهم: قال مالك: النكاح مستحب واختلف فيه في زماننا هذا الذي لا يدرك فيه القوت إلا بالموت، ولقلة الحلال فيه.

فقال بعضهم: تركه والاشتغال بالعبادة مخافة عدم القيام بحقوق الزوجة أفضل.

وقال بعضهم: التزوج أفضل ويجتهد في الحلال ما قدر فإن لم يجد الحلال فالمتشابه والحلال ما جهل أصله على الراجح لا ما علم أصله فقط.

والمتشابه: ما شك في أصله سمي بذلك لتوسط بين الحلال والحرام فأخذ شبها من كل.

وقيل: هو ما اختلف فيه بالحل والحرمة.

وقيل: ما توقف فيه العلماء لتجاذب الأدلة له.

وقيل: ما لم يرد فيه نص من الشارع بتحليل ولا تحريم.

ثم أن طلاق السنة ما استوفى شروطا ستة فإذا اختل منها شرط كان الطلاق بدعيا.

فأشار إلى تلك الشروط بقوله:

● ص:

طلاق السنة واحدة بلا تعليق على كل المرأة في طهر لم يمس فيه لم يردف على أخرى.

● ش:

ليس المراد أن الطلاق سنة لأنه أبغض الحلال إلى الله ولو واحدة بل المراد الذي أذنت السنة في فعله كما مر أي أن المراد به ما قابل البدعي الذي لم تأذن فيه السنة والبدعي منه ما هو مكروه ومنه ما هو محرم كما يأتي.

يعني: أن طلاق السنة ما استوفي هذه الشروط الستة:

الأول: أن يكون طلقة واحدة لا أكثر في دفعة ولا جزء كنصف طلقة أو ثلثها أو ربعها أو خمسها أو سدسها ونحو ذلك فبدعي.

وسيأتي أن الطلاق الجزي حرام وفي حرمة الثلاث خلاف.

الثاني: أن يوقع الواحدة منجزة بلا تعليق على شيء كدخول الدار وألا فبدعي مكروه فقوله: (بلا تعليق) حال من واحدة.

الثالث: أن يوقعها على كل المرأة لا على جزئها كيدها أو رجلها أو شعرها

وسيأتي أن طلاق الجزء بدعي حرام. فقوله: (على كل المرأة) متعلق بمحذوف أي واحدة يوقعها على كل المرأة.

الرابع: أن يوقع الطلقة في حال طهر المرأة فإن أوقعها في حيضها أو نفاسها كان بدعيا محرما؛ لأنه يطول عليها العدة.

الخامس: أن يكون الطهر الذي أوقع فيه الطلقة لم يمسها فيه أي لم يطأها فيه؛ فإن أوقعها في طهر مسها فيه كان بدعيا مكروها؛ لأنها في هذه الحالة لا تدري هل تعتد بالإقرار أو بوضع الحمل فقد لبس عليها عدتها ولخوف الندم إن ظهر بها حمل، ولعدم تيقنه لنفي الحمل إن أتت بولد وأراد نفيه؛ لأنها ليست مستبراة، فإذا لم يمسها صار على يقين من نفيه.

السادس: أن لا تكون الواحدة مردفة على طلقة أخرى في العدة فإذا طلقها طلقة رجعية ثم أردف عليها في العدة طلقة أخرى أو أكثر فالمردف بدعي مكروه.

وكذا يكره أن يراجعها ثم يطلقها لتطويله عليها[1] العدة إن كانت نسيته عند المراجعة الفراق.

وإما إن نوي البقاء[2] ثم بدا له فطلق هكذا في كل طهر طلقة لم تكره له المراجعة ولا الطلاق.

وقوله: (لم يردف) بالبناء للمفعول ونائب فاعله ضمير يعود على الطلاق.

ثم أشار إلى مفاهيم هذه القيود التي قدمناها فقال:

● **ص:**

وإلا كره إلا المجزئ فحرام.

● **ش:**

أي: (وألا) بأن انتقت هذه الشروط أو بعضها بأن أوقع أكثر من واحدة أو جزء طلقة أو علق الطلاق أو أوقفه على بعض المرأة أو في حيض أو نفاس أو في طهر

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (لتطويله عليها العدة... إلخ) هذا لا يظهر إلا إذا كانت تعتد بالإقراء، أما إن كانت تعتد بالأشهر فلا تطويل. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (إن نوى البقاء) أي: وكذا إن أطلق. اهـ.

مسها فيه أو أردف أخرى في عدة رجعي فهو بدعي مكروه (إلا المجزئ).

والواقع في الحيض أو قبل غسل الحائض أو قبل التيمم الجائز فحرام والمجزئ صادق بجزئه الطلاق، وبإيقاعه على جزء المرأة وهو اسم مفعول صفة لموصوف محذوف. أي: إلا الطلاق المجزي على المرأة أو الواقع على جزئها فهو حرام؛ بدليل أنه يؤدب على التجزئة.

واكتفى «المص» بذكر المحرمة عن ذكر التأديب للقاعدة وهي قولهم.

وعذر الإمام على معصية الله وإنما جعلنا مفاهيم القيود كلها مندرجة تحت قوله: (وألا) بدليل الاستثناء؛ لأن الاستثناء معيار العموم.

وفي «بن» حرمة الطلاق الثلاث وأن التعبير فيه بالكراهة محمول على التحريم ويؤيد الحرمة غضبه ﷺ لما بلغه أن رجلا طلق زوجته ثلاثا.

وقوله: (أتلعبون بكتاب الله وأنا بين أظهركم)[1] أي؛ لأنه قال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة:٢٢٩]، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة:٢٣٠]، قال «دص»: قال اللخمي: إيقاع اثنين مكروه وثلاثة ممنوع ونحوه في المقدمات، وعبر في المدونة بالكراهية؛ لكن قال الرجراجي: مراده بالكراهة التحريم.

والإجماع على لزوم الثلاث إذا أوقعها في لفظ واحد نقله ابن عبد البر وغيره.

ونقل بعضهم عن بعض المبتدعة أنه يلزمه طلقة واحدة واشتهر ذلك عن ابن تيمية: قال بعض الشافعية: ابن تيمية ضال مضل أي؛ لأنه خرق الإجماع وسلك مسالك الابتداع. وبعض الفسقة نسبه إلى الإمام الأشهب ليضل به الناس.

وقد كذب وافترى على هذا الإمام لما علمت من أن ابن عبد البر وهو الإمام المحيط نقل الإجماع على لزوم الثلاث. وإن بعضهم نقل لزوم الواحدة عن بعض المبتدعة. اهـ.

ونقل عن ابن العربي أنه قال: ما ذبحت بيدي ديكا قط ولو وجدت من يرد المطلقة ثلاثا لذبحته بيدي. وهذا منه رحمه الله مبالغة في الزجر عن ذلك.

ثم شبه في الحرمة قوله:

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٤٠١).

• ص:

كقيل غسل الحائض أو تيممها الجائز ولو انقطع.

• ش:

(الكاف) داخلة على مقدر أي كالطلاق قبل... إلخ؛ لأن قبل لا تجر الأيمن دون غيرها ومثل (الحائض) النفاس.

والمراد بـ(التيمم الجائز) هو الذي يوجد سببه كعدم الماء أو عدم القدرة على استعماله.

وقوله: (ولو انقطع) مبالغة في حرمة الطلاق؛ يعني: أنه يحرم طلاق الحائض أو النفساء أو قبل تيممها الجائز إذا لم ينقطع عنها الدم بأن طلق حال نزوله بل ولو انقطع عنها الدم على الراجح.

أما إذا كانت مسافرة ولم تجد ماء أو مريضة لا تقدر على مس الماء فتيممت فلا بأس أن يطلقها بعد التيمم لجواز الصلاة.

وأما التيمم الغير الجائز وهو الذي لم يوجد له سبب فكالعدم.

والأظهر حذف هذه المبالغة لدلالة قوله: (كقبل الغسل) عليها أو يقول: (كبعد انقطاع الحيض وقبل الغسل... إلخ)، ويفهم منه حرمة الطلاق حال نزول الدم بالأولى.

• ص:

وأمر الحاكم مطلقا في غير طهر تام بالرجعة.

• ش:

(مطلقا) بضم الميم وفتح الطاء وكسر اللام المشددة. اسم فاعل من طلق وهو صفة لمحذوف؛ أي أمر الحاكم زوجا مطلقا بالرجعة.

فقوله: (بالرجعة) متعلق بـ(أمر) و(غير الطهر التام) صادق بنزول الدم وبانقطاعه لمن يعاودها الدم قبل طهر تام، وهي الملفقة فيشمل الجبر من طلق معتادة الدم قبل تمام الطهر؛ لأنه ظهر أنه طلق حائضا حكما هنا أي في باب العدة.

فإذا كانت المرأة ينقطع طهرها وطلقها بين الدمين قبل تمام طهر فاصل جبر على

رجعتها[1] وإن لم يحرم عليه إن ظن عدم عوده.

والمعنى: أن من طلق زوجته في غير طهر تام.

والحاصل: أنه إذا طلقها حال الحيض جبر جزما. وإن طلقها بعد انقطاعها في غير طهر تام وهي الملفقة ففي جبره خلاف.

فقيل: يجبر وهو المعتمد؛ لأنها حائض حكما.

وقيل: لا يجبر؛ لأنه طلق حال الطهر. واعلم أن المطلق في الحيض أو النفاس يجبر على الرجعة ولو لم يتعمد إيقاعه فيه، كمن علق طلاقها على دخول دار في غير زمن الحيض والنفاس فدخلتها في زمن واحد منهما وحرمه طلاق الحائض إنما هي في المدخول بها الغير حامل.

أما التي لم يدخل بها أو دخل بها وهي حامل فلا يحرم طلاقها، ولا يجبر على رجعة الحامل وغير المدخول بها لا رجعة لها؛ لأن طلاقها بائن وكل طلاق بائن لا رجعة فيه.

والحاصل: أن الطلاق البدعي واقع على كل حال لكن لا يجبر على الرجعة إلا في طلاق الحيض إذا كانت مدخولا بها غير حامل وإلا فلا يجبر.

وقال بعضهم: إذا طلقها في طهر مسها فيه جبر على الرجعة كالمطلق في الحيض.

● **ص:**

وإلا سجنه[2] ثم ضربه إن رجى الإفادة بعد التهديد ثم ارتجع له.

● **ش:**

قوله: (وإلا) مرتب على محذوف أي: فإن ارتجع فظاهر وإلا يرجع سجنه.

وقوله: (إن رجي الإفادة) قيد في السجن والضرب و(بعد التهديد) ظرف للسجن ثم الضرب أي يسجنه ثم يضربه بعد أن يهدده بالسجن والضرب قبلهما؛ يعني: أن الحاكم يأمره بالرجعة فإن امتثل فظاهر وإن أبى هدده بالسجن ثم يسجنه بالفعل إن

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (فإنه يجبر على رجعتها... إلخ) أي: إذا لم يكن ذلك الطلاق بالثلاث أو مكملا لها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (سجنه... إلخ) أي: ولو شريفا وحينئذ ما ذكر في التقدير من أن كل شخص يعزر بحسبه؛ أي: بما عدا هذا الموقع. اهـ.

رجي الإفـادة ثـم إن أبى هدده بـالضرب ثـم ضُـرب بالفعل إن أفـاد ويكون ذلك كله بمجلس واحـد ثـم إن أبى ارتجع الحـاكم بأن يقول: ارتجـعت لك زوجتك. وقامت نية الحـاكم مقام نـيته فإن ارتجـاعها له قبل هـذه الأشياء صحـت رجعته إن كان لا يرجي امتثاله؛ وإلا فلا.

وقيل: لا تبعـد الصحة مطلقـا للخلاف في ذلك فقد قيل يـرتجع الحاكم من أول الأمر.

• ص:

ما دامت في العدة[١] كل ذلك بمجلس واحد.

• ش:

قوله: (ما دامت) تنازعه الأفعال المتقدمة وهي أمر وسجن وضرب وارتجع و(ما) مصـدرية ظرفية أي مدة دوامها في العدة؛ يعني: إن جميع ما سبق من الأمر والسجن والضرب والارتجاع إنما يفعل ما دامت العدة باقية لم تنقض.

فإذا غفل عنه حين الطلاق فـي الحيض إلى أن طهرت ثـم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها ما بقي شيء في العدة. هذا هو المذهب.

وقال أشهب: يجبر ما لم تـطهر من الحيضة الثانيـة فإذا طهرت منها فلا يجبر في الطهر الـثاني؛ لأنه علـيه الصلاة والسلام أبـاح طلاقها[٢] في هـذه الحالـة فلم يكن للإجبار معنى.

وجوابه: أن الإباحة في حق من سبقت له مـراجعة، وهذا ليس كذلك وكل الأمور السابقة وهي الأمر والتهـديد بالسجن ثم السجن ثم التهديد بالضرب ثم الضرب ثم ارتجاع الحاكم تفعل بمجلس واحد؛ لأنه في معصية فلا يقر عليها والرجعة حق الله وإن لم تقم المرأة بحقها في الارتجاع.

---

(١) جاء على هـامش المخطوط: قوله: (مـا دامت في العدة... إلخ) وانقضاء العـدة لا تكون إلا بدخولها في الحيضه الرابعة بالنسبة للحيضة التي أوقع فيها الطلاق. اهـ.

(٢) جاء على هامش الـمخطوط: قوله: (أباح طلاقهـا في هذه الحالة) أي: أبـاح طلاق المرأة التي طلقها زوجها في الحيض. اهـ.

● ص:

وثبت التوارث والوطء وتكفي نيته.

● ش:

يعني: أن من طلق في الحيض أو النفاس وأبى من الرجعة وارتجعها له الحاكم فإنه يثبت بارتجاعها التوارث بين الزوجين ويباح لهما الوطء ولو لم ينو الزوج الرجعة؛ لأن نية الحاكم تكفي عن نيته.

● ص:

والأحب إمساكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر.

● ش:

يعني: أن من طلق زوجته في الحيض أو النفاس وراجعها طوعا أو جبرا وأراد مفارقتها فإن الأحب له إمساكها حتى تطهر فيطئوها ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلقها قبل أن يمسها ليكون سنيًا، وإنما أمر بعدم طلاقها في الطهر الذي يلي الحيض الذي طلقها فيه؛ لأن الارتجاع جعل للصلح وهو لا يكون إلا بالوطء وبالوطء يكره الطلاق[1] فيمسكها حتى تحيض أخرى ثم تطهر.

والإمساك حتى تطهر من الحيض الذي طلق فيه واجب، والإمساك في الطهر الذي بعده حتى تحيض مندوب، والإمساك في الحيض الذي بعد الطهر الثاني واجب.

فقوله: (إمساكها حتى تطهر) أي: وجوبًا، وقوله: (ثم تحيض) أي: ندبًا، وقوله: (ثم تطهر) أي: وجوبًا.

والحاصل: أن الإمساك في الحيض الأول والثاني واجب، والإمساك في الطهر الذي بينهما مندوب، فالأحبية للوجوب بالنسبة للإمساك في الحيض، وللندب بالنسبة للإمساك في الطهر، أو أنها منصبة على المجموع[2] لا على الجميع.

---

(١) جاء على هامش المخطوط: قوله: (بالوطء يكره الطلاق... إلخ) لأنه يكره طلاقها في طهر مسها فيه؛ لأنها لا تدري هل تعتد بالإقرار أو بوضع الحمل فقد ألبس عليها عدتها. اهـ.

(٢) جاء على هامش المخطوط: قوله: (منصبة على المجموع) وحينئذ فلا ينافي وجوب الإمساك في حالة الحيض فلو طلقها في الطهر الأول كره ولم يجبر على الرجعة. اهـ.

● **ص:**

وهل منعه للتطويل بدليل جوازه في الحاصل وغير المدخول بها أو تعبد بدليل منع الخلع وجبره على الرجعة وإن لم تقم قولان.

● **ش:**

يعني: أنهم اتفقوا على منع الطلاق في الحيض واختلفوا بعد ذلك هل المنع لتطويل العدة أو تَعَبُّد على قولين، فمن قاله أنه معلل بتطويل المدة استدل على ذلك بجواز طلاق الحامل وغير المدخول بها في حال حيضهما؛ لأنه لا تطويل عليهما لاتحاد عدة الأولى لأنها بالوضع، ولعدم العدة في الثانية؛ لأن غير المدخول بها لا عدة عليها.

ومن قال: إن منعه في الحيض ليس معللًا بل تعبد استدل على ذلك بثلاثة أدلة:

الأول: منع الخلع في الحيض فلو كان المنع للتطويل لجاز؛ لأنها أسقطت حقها وجاز الفراق قبلها؛ فدل ذلك على أن المنع تعبد.

الثاني: أنه يمنع الطلاق في الحيض ولو رضيت المرأة بالطلاق فيه ولو كان المنع للتطويل لجاز إذا رضيت، ولم يذكر ذلك «المص» كأصله استغناءً عنه بالخلع، ولذا قال «الش»: ومثل الخلع رضاها بالطلاق؛ أي فلم يحتج لذكر الرضا الذي ذكره الأصل، إلا أن الاستدلال بالخلع أو الرضا بحث فيه بعضهم بأن من أذن لأحد أن يضره لا يجوز له أن يضره.

الثالث: أن المطلق في الحيض يجبر على الرجعة وإن لم تقم المرأة بحقها بل وإن لم ترضى بالرجعة، ولو كان المنع للتطويل لم يجبر إذا لم تقم عليه أو لم ترض، فدل ذلك على أن المنع تعبد.

والضمير في منعه وجوازه للطلاق في الحيض.

وقوله: (أو تعبد) عطف على التطويل، و(قولان) جواب الاستفهام وهو مبتدأ حذف خبره؛ أي وهل منع الطلاق في الحيض لتطويل العدة بدليل جواز طلاق الحامل وغير المدخول بها في حيضهما؛ لأن عدة الأولى بالوضع والثانية لا عدة عليها، أو منعه للتعبد بدليل منع الخلع في الحيض أو الرضا بالطلاق فيه مع أن الطلاق جاء من جهتها فلو كان للتطويل لم يمنع لإسقاط حقها وبدليل جبره على الرجعة وإن لم

تقم بحقها، ولو كان للتطويل لم تجبر إذا لم تقم عليه في ذلك، قولان.

● **ص:**

وصدقت أنها حائض ولا تدخل خرقة على الراجح وإن ترافعا طاهراً فقوله.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة المدخول بها غير الحامل إذا ادعت على زوجها أنه طلقها وهي حائض لتجبره على الرجعة وادعى الزوج أنه طلقها وهي طاهر، فإن المرأة تصدق في ذلك ولا تدخل خرقة في فرجها على الراجح؛ أي لا تدخل خرقة لينظر هل تخرج متلوثة بالدم أم لا؛ لأنها أمينة على فرجها.

وقيل: تكلف بإدخال خرقة في فرجها وينظرها النساء بعد إخراجها منه فإن رأين بها أثر الدم صدقت، وإلا فلا، وهذا إذا ترافعا للحاكم وهي حائض، أما إذا ترافعا حال كونها طاهرًا من الحيض فالقول قول الزوج أنه طلقها وهي طاهر فلا يجبر على الرجعة، وهل المصدق منهما عليه اليمين أو لا؟ انظر في ذلك «خ»، واعتمد بعضهم الأول.

و(طاهرًا) حال من المرأة التي هي بعض مدلول ضمير التثنية في (ترافعا) وعين أن صاحب الحال المرأة اختصاص وصف الطاهر بها كقولك: جاء زيد والفرس متكلما.

● **ص:**

وعجل الفسخ في الحيض وطلاق المولي وأجبر على الرجعة.

● **ش:**

المراد بالفاسد الذي يفسخ قبل الدخول وبعده كالخامسة والمتعة، وكذا الذي يفسخ قبل إذا اطلع عليه قبل البناء، بمعنى: أن من نكح امرأة نكاحًا فاسدًا أو عثر عليه في الحيض فإنه يفسخ في زمن الحيض لدفع التمادي على فساد؛ لأن التمادي على الفساد أقبح من الطلاق في الحيض فلا يؤخر حتى تطهر.

و(طلاق المولي) عطف على (الفسخ) يعني: أن المولي من زوجته إذا حل عليه أجل الإيلاء في الحيض ولم يف؛ أي لم يعد بالغيبة فإنه يعجل عليه الطلاق ويجبر على الرجعة؛ لأنه صدق عليه أنه طلق في الحيض.

قال الإمام: يطلق عليه بكتاب الله وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ

رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة:٢٢٦، ٢٢٧]. ويجبر على الرجعة لسنة رسول الله، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: (مره فليراجعها).

● ص:

لا لعيب ورد ولي وعسر بنفقة ولعان.

● ش:

هذا عطف على المعني؛ أي وعجل الفسخ للفساد لا للعيب... إلخ، فهذه المسائل لا يعجل فيها الفراق في الحيض؛ يعني: أن أحد الزوجين إذا اطلع على عيب في صاحبه كجنون وعنة وعتق أمة تحت عبد وكان الاطلاع على ما ذكر في الحيض فإنه لا يعجل الفسخ بل حتى تطهر، وهذا في المدخول بها وأما في غيرها فيجوز التعجيل.

وكذا إذا تزوج محجور بغير إذن وليه فاطلع الولي على ذلك في الحيض وأراد الرد فإنه لا يعجل الفسخ في الحيض بل حتى تطهر، وهذا إذا كان الفسخ بعد البناء وإما إذا كان قبله فلا يمنع تعجيله لما مر من جواز طلاق غير المدخول بها في الحيض.

وبعبارة: النكاح الذي للولي فسخه وإمضاءه لا يعجل فسخه في الحيض، فإذا تزوج العبد أو الصبي أو السفيه بغير إذن السيد أو الولي فلا يرد السيد أو الولي نكاح محجوره في الحيض، ومعلوم أن النكاح الموقوف على إجازة الولي صحيح موقوف على الإجازة لا فاسد حتى يرد أن الفاسد يعجل فيه الفسخ كما مر.

وكذا لا يعجل الطلاق على المعسر بالنفقة إذا حل أجل التلوم في الحيض أو النفاس، وكذا لا يعجل الفسخ في الحيض والنفاس للعان فإذا أقذفها بزنا أو نفي حمل فلا يتلاعنان في الحيض والنفاس بل ينتظر بذلك الطهر، ولا يجوز للملكة الفراق في الحيض وتراجع إن أوقفته فيه.

● ص:

وشر الطلاق وأكمله وأقبحه ثلاث.

● ش:

يعني: أن الرجل إذا قال لزوجته أنتِ طالق شر الطلاق أو أكمل الطلاق أو أقبحه

أو أقذره أو أنتنه أو أسمجه أو أكثره فإنه ينجز عليه الثلاث مدخولًا بها أو لا.

ثم شبه في لزوم الثلاث قوله:

● ص:

كثلاث للسنة أو البدعة دخل بها أو لا.

● ش:

يعني: أن من قال لزوجته: أنتِ طالق ثلاثًا للسنة فإنه يلزمه الثلاث؛ لأنه بمنزلة قوله: أنتِ طالق في كل طهر مرة سواء كانت حاملًا أو لا، طاهرًا أو حائضًا، قدم الثلاث على قوله: للسنة أو أخرها، كانت مدخولًا بها أو لا، على مذهب المدونة، وتفصيل الأصل بين المدخول بها وغيرها ضعيف.

وكذا إذا قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا للبدعة أو بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة فإنه يلزمه الثلاث في المدخول بها وغيرها.

● ص:

وواحدة في خير الطلاق وأفضله وملء السماء إن لم ينو أكثر.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: أنتِ طالق خير الطلاق أو أفضل الطلاق أو أجمل الطلاق أو أحسنه، أو أنتِ طالق طلقة كالقصر أو كالجبل أو كالجمل أو كالنخلة أو كالمأذنة أو ملء السماء أو ملء الدنيا أو من هنا لبغداد أو على سائر المذاهب، فإنه يلزمه واحدة في جميع ذلك إلا أن ينوي أكثر، وإلا لزمه ما نواه، وظاهره كانت الزوجة مدخولًا بها أو لا.

وكذا إذا قال لها: أنتِ طالق واحدة عظيمة أو قبيحة أو خبيثة أو سامجة فإنه يلزمه واحدة.

وكذلك إذا قال: أنتِ طالق كما قال الله.

***

انتهى بعون الله وفضله الجزء الخامس، ويليه إن شاء الله تعالى الجزء السادس

وأوله: «وصل في الكلام على أركان الطلاق وشروطه»

***

فهرس موضوعات الجزء الخامس

الموضـــوع الصفحة

باب في النكاح وما يتعلق به ٥
وصل في خيار أحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبًا وبيان العيوب التي توجب الخيار في الرد والإمضاء ١٩٨
وصل في بيان أحكام الصداق ٢٤٥
وصل في حكم تنازع الزوجين ٣٥١
وصل في العدل بين الزوجات والوعظ والنشوز وما يتعلق بذلك ٣٨٤
وصل في الخلع وما يتعلق به من الأحكام ٤١٠
وصل في الطلاق وأركانه وما يتعلق به ٤٥٩

* * *